

Debates jurídicos que corresponden a la jurisdicción de familia

Claudia Yolanda Rodríguez Rodríguez

Maestría Derecho de Familia Universidad Autónoma de Bucaramanga-
abril - mayo de 2011

**DEBATES JURIDICOS QUE CORRESPONDEN A LA JURISDICCION DE
FAMILIA:**

Tabla de contenido

Introducción	3
Justificación	4

Sección Primera:

El proceso de custodia y cuidado personal sobre los hijos	14
1.MarcoTeórico	14
2. Jurisprudencia	22
2.1. Exposición del caso	24
2.2. El trámite impartido	25
2.3. Debate judicial	26

2.4. Nuestra tesis	28
2.5. Valoración del acervo probatorio	32
2.5. Conclusiones	38

Sección Segunda:

Proceso de Perdida y / ó Suspensión de la Patria Potestad	41
---	----

1.Marco teórico	41
2. Planteamiento del Debate Jurídico	47
Problema jurídico	49
2.1. Nuestra tesis	50
Sustento normativo	54
Sustento jurisprudencial	55
2.2. Presentación de casos	57
2.2.1. Enfermedad mental del padre	56
2.2.2. Ausencia de la madre	59
2.3. Conclusiones	61

<u>Conclusiones generales</u>	63
-------------------------------------	----

Bibliografía	69
--------------------	----

Fuentes documentales	72
----------------------------	----

Recursos de Internet	73
----------------------------	----

DEBATES JURIDICOS QUE CORRESPONDEN A LA JURISDICCION DE FAMILIA: ¹

Introducción.

El contenido del presente ensayo lo constituirán dos secciones: (i) Procesos de custodia y cuidado personal sobre los hijos y (ii) Procesos de suspensión y perdida de la patria potestad.

Dentro de cada sección:

1. Se ubicará una parte conceptual o teórica relacionada con la institución jurídica, centro del debate jurídico;

2. Se expondrán los problemas jurídicos, que consideramos se deberían plantear en esta clase de procesos;

3. La exposición de nuestra tesis, con la propuesta de una respuesta plausible a los cuestionamientos, que consideramos se deben plantear y resolver;

¹ Ensayo elaborado por Claudia Yolanda Rodríguez Rodríguez, como evaluación final de la Maestría Derecho de Familia Universidad Autónoma de Bucaramanga- abril - mayo de 2011.

4. Las respuestas socializadas tendrán como sustento argumentativo las motivaciones insertas en jurisprudencia de las altas cortes colombianas y otras decisiones judiciales, emitidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena.

Justificación

Como objetivos generales se plantean:

- Resaltar la importancia, que arroja la identificación correcta de los problemas jurídicos que debe resolver el Juez de Familia, dentro del trámite de estos procesos, custodia y cuidado del hijo y pérdida de la patria potestad. De cara a la materialización de los derechos fundamentales de las partes en conflicto.
- Sensibilizarnos sobre la importancia de acelerar la resolución de estos dos litigios que competen a la jurisdicción de familia, con el fin de evitar manipulaciones probatorias de las partes que escalonan el conflicto y la presencia del síndrome de alineación parental.
- Destacar que para la efectividad de los derechos de las partes en conflicto - y en especial de los intereses prevalentes de los NNA -, el juez debe ejercer con atención y celeridad los “**poderes**” que la normatividad le ofrece, en aras de eliminar los obstáculos que se erijan para la rápida y eficiente solución del litigio, o para el cumplimiento de las providencias que se adopten dentro de los

procesos de custodia y cuidado personal de NNA o de Perdida de la Patria Potestad.

- Identificar con claridad, cuando se dan las condiciones objetivas que permitan al Juez de Familia, limitar el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del NNA.

Objetivos que han sido motivados a partir del momento en que tuvimos contacto , dentro de nuestro ejercicio profesional , con las primeras providencias emitidas por Jueces de Familia.

Hace tres años comenzamos a laborar en la jurisdicción de familia, ha sido la oportunidad para confrontar temas teórico - académicos con la realidad del proceso judicial .

Es ahí, en el ejercicio judicial, en concreto, donde nos encontramos con debates jurídicos muy comunes en la jurisdicción de familia, pero no por eso menos importantes para cada uno de los sujetos interesados en la pronta y eficiente resolución del conflicto.

La primera percepción, al detallar las motivaciones de estas resoluciones judiciales, en sede de la jurisdicción de familia , fue considerar que se actuaba automáticamente, casi que por simple inercia se resuelven conflictos que tocan derechos fundamentales tanto de adultos como de niños y adolescentes.

La segunda percepción, no hemos asimilado el verdadero perfil del juez de familia, carencia que se refleja en los largos términos en que se resuelve el litigio, la dirección del debate probatorio , la identificación del real problema jurídico, la no conminación oportuna a las autoridades administrativas que deben velar en primera instancia por el restablecimiento

de los derechos y garantías de los NNA y la ignorancia frente a la tarea que nos corresponde, principio de corresponsabilidad sin interiorizarse en todos los operadores de justicia.²

Y una tercera percepción, es que un gran número de conflictos, dentro de la jurisdicción de familia, se tramitan en única instancia, lo que a mi parecer motiva una dejadez inconsciente, al no imprimirle un trámite más eficiente al proceso, ya que no son objeto de estudio en una segunda instancia y por lo tanto no son seleccionados para efectos de calificación del funcionario, por el factor calidad; lo que corrobora mi primera apreciación.

El cúmulo de trabajo, tal vez, la misma organización al interior de nuestros juzgados, las pretensiones no muy claras y sinceras³ de las partes en conflicto convierten esta clase de procesos⁴ en verdaderas batallas campales, el debate se escalamina de tal forma que se ven involucrados los sentimientos no solo de las partes, también el de sus apoderados, familiares, incluso el del mismo juez y los empleados del despacho judicial, en donde cursa el proceso.

² La responsabilidad, aunque diferenciada, es compartida por la familia, por la sociedad y por el Estado. La Constitución Política de 1991 dice 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”. Estos son los agentes responsables de asegurar la vigencia de los derechos, de la calidad de vida y en últimas, de la felicidad de los niños, niñas y adolescentes colombianos y extranjeros residentes en el país. El principio de corresponsabilidad establece la participación activa de los tres estamentos sin interferencias ni exención de responsabilidades. ¿ Los nominadores de estos funcionarios y empleados judiciales que integran la jurisdicción de familia, seremos responsables de la no escogencia adecuada de estos operadores de justicia?

³ No en el sentido negativo que provoque fraude o temeridad, más en el sentido de omitir decir desde el principio toda la verdad con relación al litigio familiar, se omiten detalles que serían significativos a la hora de emitir la sentencia, o decidir sobre medidas provisionales, por prejuicios, miedo al escarnio social o porque sencillamente no se consideran pertinente comentarlo desde el inicio, esperando la respuesta del demandado.

⁴ Los miembros de la familia discuten cuotas alimentarias, custodia, régimen de visitas, filiaciones, impugnaciones, divorcios, liquidaciones de sociedades, pérdida y suspensión de la patria potestad.

Como lo enunciamos , a partir de motivaciones personales, insertas en providencias emitidas en nuestro ejercicio jurisdiccional, y resaltando la importancia que arroja para el usuario de la administración de justicia, la identificación correcta del problema jurídicos, proponemos plantear una respuesta plausible a estos debates que se generan en algunos de los conflictos asignados a la jurisdicción de familia : Proceso Custodia y cuidado personal del hijo y Proceso de Perdida de la Patria Potestad.

Antes de ese primer contacto, físico - dentro de nuestro ámbito laboral como Juez de segunda instancia- , con una providencia emitida por un Juez de Familia, y antes de asumir el trabajo de proferir una resolución judicial dentro de la jurisdicción de familia, mi percepción sobre el papel protagónico del Juez de familia, era distinta. Nos enfrentamos con el *deber ser* y el *ser* dentro del proceso judicial.

Nuestra idea sobre ese *deber ser*, al interior de un proceso judicial asignado a un Juez de familia, había sido construida a partir de varias experiencias académicas, como las que a continuación se narraran.

Recientemente habíamos cursado una especialización en derecho de familia,⁵ preparándonos expresamente para afrontar el nuevo reto jurisdiccional, ser juez de familia. Igualmente en el año 2008 tuvimos la experiencia de participar en un curso patrocinado por la UNICEF relacionado con el importante tema: La Protección Jurisdiccional para Niños, Niñas y Adolescentes (NNA) .⁶

La sensibilidad , motivación y conocimientos requeridos para ser un buen funcionario en esta área del Derecho estaba a flor de piel; en especial

⁵ Año 2005 en la Universidad Autónoma de Bucaramanga

⁶ XI Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”, promovida por la Unicef en convenio con la Universidad Diego Portales , de Santiago de Chile, ciclo presencial celebrado en Bogotá.

recordábamos la conferencia del Magistrado brasileño JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA⁷: “El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia”

8:

“En la definición del perfil de este juez hay que tener en mente el cambio paradigmático establecido por la CDN. Este cambio en trance requiere, para su efectivización, una alteración: supone un cambio conceptual. En el Brasil, esta modificación pasa conceptualmente por la adopción en el texto legal de conceptos como niño y adolescente y el abandono de la antigua conceptualización de menor.

Luego, el perfil del juez debe coincidir con una visión comprometida con la efectividad de la doctrina de la protección integral, con la efectividad de la normativa internacional y nacional, que recibió en su actuación en el Poder Judicial. En lo que respecta al compromiso, no quiero dejar de referir aquí una figura del lenguaje utilizada por el educador Ernest Sarlet.

Sarlet establece un paralelo entre lo que es comprometerse y lo que es participar, para ello usa la parábola del omelette con tocino.

Dice Sarlet que en esta elaboración el pollo participa porque entra con el huevo; pero el cerdo se compromete. Por cierto, la propuesta que nos mueve no tiene que ver con una propuesta de muerte, como la del puerco, que se sacrifica, pero sí es una propuesta de vida, de entrega.

De cualquier manera, lo que se busca cuando se pretende trazar el perfil del juez en este nuevo modelo, parte de una visión comprometida con este ideal.

Así, retomo nuevamente a Michel Miaille cuando nos dice que hay que comprender que cuando se habla acerca del perfil de este juez se hace desde cierto punto de vista, una cierta manera de verlo, en otros términos, comprometido con la efectivización completa de la doctrina de la protección integral en una sociedad todavía contaminada por el germen de la doctrina de la situación irregular.”

Por lo menos hasta la llegada de la CDN, el llamado Derecho del Menor y, por consecuencia, la Justicia de Menores, eran vistos por los operadores de derecho

⁷ Juez de Derecho en el estado de Rio Grande do Sul (Brasil), profesor de la Escuela Superior de la Magistratura del estado de Rio Grande do Sul y de la Universidad de Derecho de Santo Angelo, Brasil. Disertante en el tema de Derechos del Niño, autor de *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

⁸ Presentado bajo este mismo título, en el II Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”, para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizado por el UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires llevado a cabo del 22 al 26 de noviembre de 1999. (Traducido al español por María Karina Valobra.)

como una justicia menor. Recuerdo, por ejemplo, mi experiencia personal, cuando en 1991, después de las promociones sucesivas por el mérito en mi carrera, anuncié a mis amigos que había aceptado postularme como juez de infancia y juventud. Pude ver la sensación que les causó la noticia en sus caras; algunos hasta lo verbalizaron, consideraban que “enterraría” mi carrera en esa jurisdicción menor.

Realmente el imaginario que orienta a muchos operadores del derecho –aún vigente– es que el juez de la Justicia de la Niñez y la Juventud no está dentro de la “nobleza Del mundo jurídico”, pues considera que trata cuestiones no jurídicas, no científicas, en la línea de aquella idea de que esta jurisdicción es una jurisdicción subalterna. Esta concepción errada se convirtió en el sello de la organización judicial latinoamericana –porque éste no es un mal exclusivamente brasileño, esto ha quedado dicho en el Taller de Trabajo ya citado–. Se demuestra con ella una ignorancia total de lo que es el Derecho de la Niñez y Juventud, y peor aún, la ignorancia dentro del propio sistema de justicia acerca de que este Derecho está orientado, nada menos, que por el Derecho Constitucional.

Así, ante la existencia de un nuevo derecho –y para su aplicación– debe existir un nuevo juez. El perfil del juez, del nuevo juez, en este nuevo derecho, presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional, en la medida en que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundantes de este sistema.

El juez de este nuevo derecho no actúa en una esfera para judicial o meramente Administrativa, sino que lo hace en pleno ejercicio de la jurisdicción, cumple el papel de juzgador de conflictos, esté en la órbita civil o en la penal. Le son exigidos conocimientos sólidos para que pueda actuar en el área del derecho penal juvenil, que tiene incorporadas todas las garantías y prerrogativas propias del derecho penal y del proceso penal, aun cuando en ella no se apliquen penas sino sanciones cuya naturaleza son propias de este ordenamiento. Con esa misma intensidad debe respetar los derechos fundamentales atinentes a las garantías debidas a la convivencia familiar y comunitaria lo que supone, por ejemplo, un sólido conocimiento del derecho civil y procesal civil. Asimismo, debe estar capacitado para pronunciarse sobre conflictos que versen sobre derechos colectivos o difusos, donde prevalecen los intereses del niño; conflictos éstos afines a un segmento especializado del derecho.

Por consiguiente, el perfil de este juez para la aplicación de este nuevo derecho – donde el Poder Judicial es reubicado en su debido papel, impuesto por el sistema de tripartición de poderes supone un profesional altamente calificado. Destaco, en este punto, el progreso de las acciones civiles públicas en el Brasil, en la órbita de la competencia de la Justicia de Infancia y Juventud, que incluyeron decisiones que

*determinaron al Poder Ejecutivo en la creación de programas de servicio para adolescentes infractores.*⁹

Resta por decir que, a la par de esta formación profesional, este nuevo juez debe estar comprometido con la transformación social y apta para asegurar, en el ejercicio de esta jurisdicción, las garantías propias de la ciudadanía a cualquiera de sus justiciables, independientemente de su condición económica o social. Se extingue, así, la vieja figura del juez de menores como mero instrumento de control de la pobreza, con sus decisiones carentes de fundamentos y procedimientos regidos por la inobservancia de las garantías constitucionales y procesales.

En fin, intentar dibujar el perfil de este juez, nos hace hablar de un magistrado calificado y comprometido, capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional que debe conocer tan bien como las normas del orden nacional. Este profesional no podrá, en ningún momento, dejar de indignarse con la injusticia ni dejar de emocionarse con el dolor de los justiciables, sin perder por ello su posición de juzgador. Aquellos que se endurecieron en su acción, que ya no se emocionan, no sirven más para lo que hacen.

Si existe un nuevo derecho debe existir un nuevo juez. De hecho, de no existir un nuevo juez capaz de operar este nuevo derecho, el nuevo derecho no existirá; pues es el juez quien debe dar eficacia a sus normas.”

Adicionalmente en esa época socializábamos el nuevo Código de la Infancia y Adolescencia (CIA)¹⁰, normatividad que empezaba a implementarse en forma escalonada dentro del Territorio Nacional, a través de los cursos de actualización sobre la reforma legislativa al anterior código del menor¹¹.

Recordemos que dentro del CIA se detalla en forma extensa las tareas que corresponden a cada uno de los sujetos, autoridades y ciudadanía, de cara a materializar la protección de los derechos fundamentales de los niños, niñas

⁹ El autor en la citada conferencia destaca *aquí la decisión unánime de la Séptima Cámara Civil del Tribunal de Justicia del estado de Rio Grande do Sul, en apelación interpuesta por el Estado, en la que mantuvo la decisión de primer instancia que condenó al Ejecutivo para construir una unidad de atención a los infractores y mantener un programa especializado. Esta decisión tuvo gran repercusión en el mundo jurídico, en la medida en que enfrentó dogmas como los principios de conveniencia y oportunidad del administrador público, fue publicado en diversos periódicos jurídicos, incluso en lengua hispana. La traducción de Julio Cortés se encuentra en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago, 1999, p. 177.*

¹⁰ Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia . CIA

¹¹ Decreto 2737 de 1989

y adolescentes.¹² Lo que la doctrina denomina “Principio de corresponsabilidad”¹³, y a partir de esta nueva normatividad se nos asigna un rol activo en aras a garantizar la protección integral de los NNA, tal y como se dispone en el artículo 7º de la ley 1098 de 2006¹⁴, protección integral que se edifica como uno de los principios rectores de la citada Ley de Infancia y Adolescencia¹⁵.

¹² Capítulo I del Título II “Garantías de derechos y prevención, obligaciones de la familia, la sociedad y el estado”, artículo 38 y siguientes del Código de Infancia y Adolescencia.

¹³ ARTÍCULO 10. Ley 1098 de 2006. *CORRESPONSABILIDAD. Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.*

La corresponsabilidad y la concurrencia aplican en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes.

El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Parágrafo. *El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (Ley 75/68 y Ley 7/79) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas.*

¹⁴ ARTÍCULO 7o. *PROTECCIÓN INTEGRAL. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.*

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

¹⁵ Protección integral, entendida como el reconocimiento como sujetos de derechos de los niños, niñas y adolescentes, el cumplimiento y garantía de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

Son principios que orientan la protección integral: la prevalencia de sus derechos, la corresponsabilidad, la exigibilidad de los derechos, la perspectiva de género, la participación, las normas de orden público y la responsabilidad parental.

Entonces asumiendo el reto de ingresar a la jurisdicción de familia, teníamos la romántica expectativa, que frente a cada caso propuesto debíamos investigar y aplicar la teoría aprendida, todo en aras a materializar el “interés superior del niño”¹⁶. Es decir trabajar en lo que nos corresponde a los jueces de familia, no solo dentro del rol de juzgadores, también como ciudadanos del común, bajo la irradiación de otras disciplinas relacionadas con nuestra labor judicial. En este punto recordaremos la propuesta del Dr. ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ, en artículos como : “*El derecho de hoy* “¹⁷ y “*La Interdisciplinariedad del Derecho* “¹⁸.

¹⁶ Materialización de los preceptos normativos contenidos en los artículos 8 y 9 del C.I.A.

¹⁷ ...Pero intentémoslo. El juez, a la hora de resolver, sí debe conocer los fundamentos básicos de la ciencia o arte o la actividad que constituye el entorno del conflicto. Al menos en un nivel que le permita entender una peritación. Por ejemplo, imaginemos que un juez debe decidir un pleito de responsabilidad civil derivado de un accidente de tránsito (entre los más comunes, sin duda). ¿Podría el juez argumentar que no es un físico ni un ingeniero mecánico y que, por tanto, no está obligado a saber nada sobre huellas de frenada, clases de frenos, leyes del movimiento, etc.? ¿Debe el juez fiarse ciegamente de lo que diga un perito? Contra lo que suele creerse, la prueba pericial también es susceptible de crítica. Si un juez civil o penal, debe juzgar la responsabilidad de un médico, no puede ignorar elementales conocimientos de fisiología o de anatomía. Los jueces civiles no deben seguir ignorando, a la hora de resolver sobre liquidaciones de créditos, las matemáticas financieras. El juez de familia no debe dejar de tomar en cuenta principios elementales de psicología para decidir sobre la custodia de un niño. El juez laboral no debe ignorar teoría de los conflictos humanos, o sociología o las mismas matemáticas financieras. Y así podríamos seguir hasta el infinito con los ejemplos, para demostrar que, de ninguna manera, el conocimiento del juez ha de limitarse a las normas.

Pero la peor de todas las falacias a las que conduce la tesis que estamos combatiendo es la de los jueces que, pretextando especialidad, en un extremo, o poderes constitucionales, en el otro, ignora conocimientos básicos del propio derecho. Como cuando un juez civil desconoce elementales aristas de derecho penal, o un juez penal ignora los principios civiles de resarcimiento de perjuicios o un juez de tutela desconoce cuáles son las competencias de otro juez y supone una violación al debido proceso donde no la hay o ignora la que sí existe. En este último caso es frecuente encontrar que se escuda en que no necesita saber derecho penal (o civil, o comercial o laboral) para resolver una tutela, pues supone, con obvio error, que la Constitución contiene, por aquello de la “Constitucionalización del Derecho” todas las respuestas. Y que el “nuevo derecho” le da licencia para resolver arbitrariamente, según su particular entendimiento de la Carta Política.

El derecho sí se ha “constitucionalizado”; lo aceptamos sin ambages. Pero ello no significa que el jurista está por tal razón autorizado a ignorar la minucia de la ley, como si ésta fuera, *per se*, contraria a la Carta. Y, el llamado “nuevo derecho” no es otra cosa que el estadio actual del Derecho, el punto en el cual se encuentra hoy, tras la senda recorrida, con los vestigios de lo vivido por nuestro pueblo. Infortunadamente algunos juristas no han caído en la cuenta de que éste es, tal vez, el periodo más exigente que hasta ahora se haya conocido del Derecho, pues para ser abogado, profesor o juez del “nuevo derecho” es preciso tener conocimiento no sólo del Derecho sino de otras disciplinas, averiguación profunda de las implicaciones de todo orden que puedan tener las alternativas de solución que cada caso tiene, amén de esclarecido manejo de los principios y valores

Primera sección:

El proceso de custodia y cuidado personal sobre los hijos.

1. Marco Teórico.

La custodia hace referencia al cuidado personal, se manifiesta en la labor de vigilancia inmediata, en la cercanía con el vigilado, en su observación permanente y es parte de la autoridad parental.

El artículo 23 del C.I.A., trata el tema de la custodia y cuidado personal de los niños, las niñas y los adolescentes, como el derecho que los NNA tienen a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. Esta misma norma advierte que: *la obligación de cuidado personal se extiende además a*

que nuestra sociedad ha tardado centurias en construir. Y no veo que sea posible poner en duda que tal responsabilidad compete principalmente a los jueces. Los fallos no pueden ser emotivos ni intuitivos ni movidos por la vanidad, tampoco por la conmiseración o por la ignorancia o el capricho. El daño social que una sentencia errónea causa es más grave que el daño particular de quien la sufre.

¹⁸ Creo que un alto porcentaje de jueces en Colombia no tiene consciencia de la necesidad de que su saber sea interdisciplinario. Ante la angustia de solucionar conflictos a toda marcha, porque las circunstancias actuales se lo exigen, en una justicia congestionada y bajo la presión de la calificación de servicios, su preocupación apunta, simplemente, a duras penas, al conocimiento de la normativa que rige una institución y olvida que sólo un conocimiento más o menos sólido de la actividad en la que está inmerso el conflicto le permitirá acercarse a la teleología de la norma y, por consiguiente, a hallar solución plausible al asunto que se somete a su composición.

A pesar del riesgo de ser mal interpretado, creo que la ausencia de una formación interdisciplinaria ha sido causa de muchos de los errores judiciales de que se duele la sociedad actual, a todos los niveles. La sentencia indocta no es sentencia justa. El error judicial de este tipo mancha la confianza del ciudadano común en la justicia. En cambio, la sentencia ilustrada, tanto en lo jurídico como en lo que compete a otras disciplinas, genera seguridad.

quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales.

Todo progenitor, madre o padre, al momento en que percibe que las relaciones de pareja no van por buen camino, sea que medie un matrimonio, una unión marital de hecho, o el simple hecho de ser padre y madre solteros, siente el deseo de no volver a relacionarse afectiva y socialmente con el otro progenitor del niño, niña o adolescente concebido en común.

Con frecuencia en estos litigios se pierde la objetividad sobre el punto central del conflicto y acudimos a la jurisdicción de familia, para que sus funcionarios decidan sobre : ***¿quién tiene más derecho de tener ¹⁹ los hijos?***, el reto es personal y no en pro del beneficio del niño o adolescente. Consideramos que la razón de ser de este proceso es establecer, con la mayor objetividad posible, quien es el mejor padre, partiendo de una base común en esta clase de litigios, ambos sujetos procesales se consideran buenos padres, óptimos para brindar cuidado a sus hijos comunes.

La experiencia judicial, nos enseña que el padre titular o responsable de la custodia de sus hijos, se siente con más derechos, se considera más fuerte, porque frente a la sociedad expone ser mejor madre o padre y además puede exigir el pago de dineros que permitirán el mantenimiento, del hijo o hija, y en la mayoría de casos de la misma madre o padre que ostenta la custodia, e incluso de algún integrante de la familia extensa.

¹⁹ La inquietud es posesión material sobre los hijos –tenerlo- y no se plantea como el deber ser de un buen padre o madre: ***¿Cual de los dos progenitores, actualmente, puede cuidar mejor al hijo o hija?***, bien por el tiempo que dispone para ello, por su edad y madurez, por la conformación familiar, por su apego y cercanía afectiva con el NNA, por la ubicación del hogar y por las posibilidades económicas que pueda brindar.

Nacen los resentimientos propios en quien se convierte en simple proveedor económico y siente perder todo lazo de afectividad con ese hijo o hija. Resentimientos que provocan un sin número de denuncias, acciones judiciales, en los que se discuten temas simples como la devolución de prendas de vestir ²⁰, el menú alimentario del menor ²¹, acusaciones sobre las causas de enfermedades comunes, como resfriados, alergias, malestar estomacal, discusiones sobre la no tutoría de tareas escolares en los días de fin de semana, es común la pelea sobre los fines de semana a compartir y sobre las fechas de vacaciones a disfrutar con el hijo común.

Presentando excusas a nuestros colegas y compañeros de judicatura, consideramos que en la mayoría de los casos, no diagnosticamos con claridad y certeza el problema, luego, no se resuelve eficientemente el verdadero problema, y por el contrario, originamos el desencadenamiento de múltiples problemas de convivencia que provocan la permanente e interminable interposición de acciones sobre el mismo caso familiar; y lo más grave nos tomamos un infinito tiempo para resolver el litigio.

En un proceso de custodia es importante resolver prontamente el litigio, evitando al máximo la manipulación judicial, por parte de alguno de las partes en conflicto, todo para evitar el avance morboso del denominado por la psicología *Síndrome de Alineación Parental* ²², ocasionando daños irreversibles en la personalidad y conducta de los niños, objeto del conflicto.

²⁰ Alegando haber sido suministradas por alguno de los padres en particular

²¹ Cuando irónicamente la cantidad de dinero proporcionada no alcanza para cubrir la mitad de las necesidades del hijo.

²² Preocupado por el número cada vez mayor de niños que durante las evaluaciones para la custodia iniciaban un proceso de denigración hacia uno de sus progenitores, Gardner comenzó a estudiar estos síntomas en los niños y utilizó el término de "*Síndrome de Alienación Parental*", para referirse a los síntomas que veía en los niños después de la separación o divorcio, consistentes en la denigración y el rechazo de un padre antes amado.

Según lo define Gardner "*El Síndrome de Alienación Parental (SAP) es una alteración que surge casi exclusivamente durante las disputas por la custodia de un hijo. Su primera manifestación es una campaña de denigración contra un progenitor por parte de los hijos, campaña que no tiene justificación. Este fenómeno es el resultado de la combinación de una programación (lavado de*

La demora en decidir, sobre quien tendrá la custodia de los hijos comunes, origina inevitables traumatismos en el proceso de restitución de los NNA, para dar cumplimiento a la sentencia, cuando se han tomado , medidas provisionales equivocadas al principio del proceso, o cuando se han dejado de tomar las adecuadas medidas provisionales.

El juez poco preparado,²³ puede interpretar erróneamente el querer del NNA, cuando manifiesta su deseo de permanecer al lado de uno de sus progenitores, y no logra percibir el funcionario, que el menor es víctima de este síndrome de alineación parental, por lo que se le manipula cruelmente su voluntad, por parte del padre o de la madre, “ preferido por el menor”.

Los informes de los funcionarios especializados del ICBF son coincidentes, en esta clase de asuntos, y se recomienda a los adultos que fijen reglas claras sobre las pautas de crianza, y el aspecto material con el que han de

cerebro) de un progenitor y en la que el niño contribuye con sus propias aportaciones, dirigidas al progenitor objetivo de la alienación".

Cuando aparece en el contexto de abuso parental real o negligencia la animosidad del niño puede estar justificada por lo que no sería aplicable el SAP para explicar la hostilidad del niño.

Las motivaciones para entrar en esta dinámica pueden ser varias, como la necesidad de apego a uno de sus padres, por el miedo a sentirse solo o el intento de agradar al progenitor con el que conviven para asegurarse una relación y evitar una nueva pérdida. Lo habitual es que el niño manifieste obsesivamente su odio hacia uno de sus padres. Hablará de él con desprecio y vocabulario soez, le insultará sin que se revelen signos de culpa o embarazo por esta conducta, el niño ofrecerá razones triviales para justificar este odio y rechazo y mostrará su odio o rechazo en presencia del padre amado, y a veces sólo en su presencia. Cfr. - Gardner, R. (1992a) The Parental Alienation Syndrome. Cresskill, NJ:Creative therapeutics.- Gardner, R. (1992b). The Parental Alienation Syndrom: A guide for mental health and legal professionals. Cresskill, NJ: Creative Therapeutics-Gardner, R. (1998a). The Parental Alienation Syndrom (2nd. Edition). Cresskill, NJ: Creative Therapeutics. Addendum-June 1999.- Gardner, R. (1998b). Recomendations for dealing with parents who induce a parental alienation syndrome in their children. Journal of Divorce and Remarriage. 28(3/4), 1-23. Citado por M^a ASUNCIÓN TEJEDOR HUERTA, psicóloga, en su ensayo: ACTORES PROTAGONISTAS DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL, publicado en la página web: psicologiajuridica.org/psj245.html.

²³ Lo mismo puede predicarse del defensor de familia o del comisario de familia, funcionarios que en la mayoría de casos, conocen del conflicto de primera mano. De ahí el énfasis que hago en la preparación constante de quienes laboramos en la jurisdicción de familia.

contribuir, para que no sean estos temas motivos de una riña permanente, que repercuta sobre la relación filial - parental que se desea recuperar.

Sobre el tema de La Crianza, es pertinente citar alguna parte del trabajo presentado por la Psicóloga, Dra. Patricia Díaz Gordon ²⁴, titulado “AVANCES EN PSICOLOGIA FAMILIAR”, dentro de la Maestría en Derecho de Familia, UNAB, año 2010. ²⁵

²⁴ Psicóloga egresada de la Universidad del Norte, (Uninorte). Especialista en Pedagogía para el aprendizaje de la Enseñanza de las matemáticas y la lecto-escritura, Convenio Universidad Externado de Colombia-UNAB. Magistra en Educación, convenio Universidad Pontificia Javeriana-UNAB. Docente del Programa de Psicología de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro activo de las Redes Nacionales de Laboratorios y de Investigadores de Psicología.

²⁵ *Cuando se habla de Crianza se refiere al proceso de la familia para instruir, educar, y orientar a los niños, niñas y adolescentes, según lo manifiesta Gómez²⁵ (2003). Considera el autor, que se trata de socializar y educar, desde la vivencia, por eso afirma que “ Toda crianza es empírica ” pues se basa en la experiencia.*

Izzedin y Pachajoa (2009)²⁵, presentan varias concepciones para explicar el termino Crianza. “Deriva de creare que significa nutrir y alimentar al niño, orientar, instruir y dirigir (Real Academia Española, 2001)” Los mismo autores citan otros autores, como Eraso, Bravo&Delgado (2006), quines se refieren a la crianza como el “entrenamiento y formación de los niños por los padres o por sustitutos de los padres.” Aportan otras definición como los “conocimientos, actitudes y creencias que los padres asumen en relación con la salud, la nutrición, la importancia de los ambientes físico y social y las oportunidades de aprendizaje de sus hijos en el hogar (...) La crianza del ser humano constituye la primera historia de amor sobre la que se edifica en gran parte la identidad del niño y se construye el ser social (p.1)”.

En la crianza la relación está caracterizada por el poder que ejercen los padres sobre los hijos y la influencia mutua (Bocanegra, 2007). Según Aguirre (2000) “las prácticas de crianza (...) es un proceso. Esto quiere decir, que son “un conjunto de acciones concatenadas, que cuenta un inicio y que se va desarrollando conforme pasa el tiempo” (p.5). Las prácticas son acciones, comportamientos aprendidos de los padres ya sea a raíz de su propia educación como por imitación y se exponen para guiar las conductas de los niños. Finalmente, las creencias hacen referencia al conocimiento acerca de cómo se debe criar un niño, a las explicaciones que brindan los padres sobre la forma como encausan las acciones de sus hijos.

Aguirre (2000) afirma: “(...) son certezas compartidas por los miembros de un grupo, que brindan fundamento y seguridad al proceso de crianza”. “(...) en las creencias confluyen tanto conocimientos prácticos acumulados a lo largo del tiempo, como valores expresados en escalas que priorizan unos valores frente a otros (p.7).” El autor, concluye que trabajar con crianza, es necesario el conocimiento de la relación con el desarrollo infantil, las diferentes concepciones de niño, la clase social, las costumbres y normas socio-históricas y culturales.

Gómez (2003), agrega a la crianza cuatro elementos que le constituyen:

- Conocimientos, actitudes y prácticas.
- Los conocimientos: lo que es.
- Las actitudes: lo que debe ser.
- Las prácticas: lo que se hace, se transmiten valores, normas, usos y costumbres

Para Gómez (2003), la crianza implica tres procesos psicosociales, las pautas de crianza, las prácticas de crianza y las creencias acerca de la crianza. Expresa que las pautas se relacionan con las reglas (normatividad) que estipulan los padres para regular el comportamiento de los hijos, estas acciones reguladoras se convierten en transmisoras de “significaciones sociales”. Considera que “cada cultura provee las pautas de crianza de sus niños.” Por otro lado, explica que las prácticas de crianza, se ubican en el “contexto de las relaciones entre los miembros de la familia donde los padres juegan un papel importante en la educación de sus hijos.”

Entonces, se puede afirmar que la crianza se enmarca en el vínculo afectivo que los padres establecen con sus hijos. Por eso, la significación de la norma adquiere el sentido desde la expresión afectiva cuando se genera la norma.

Para Gómez (2002), dice que la crianza en el marco afectivo, busca:

- “La construcción y reconstrucción de aprendizajes conscientes e inconscientes de las interacciones a lo largo de la vida (socialización)”
- “Relación de doble vía, pues al mismo tiempo los adultos acompañantes en la crianza están modificando su propio desarrollo”.

Aclara Gómez (2003) que al estar mediada por el vínculo afectivo y la experiencia, se puede correr el riesgo de “convertirse en deshumanizada, ... pretende que los niños, niñas y adolescentes hagan, alcancen, esperen, necesiten, sientan, les guste y sean lo que los cuidadores quieren.”

De ahí que propone el autor Gómez (2003), que se orienten las prácticas de crianza más humanizadas, que “no sean empíricas, con orientación, de elementos humanizantes hay posibilidad que tenga éxito en la formación de niños, niñas y adolescentes.” Considera a los niños, niñas y adolescentes como “gestores de su propio desarrollo, con los cuidadores adultos como modelos, pues como afirma el político francés Jean Jaurés, “ **no se enseña lo que se sabe, no se enseña lo que se quiere, se enseña lo que se es**”

Para que las prácticas de crianza sean o no, humanizantes, indica que está determinada por varios aspectos que menciona sobre las características de la familia:

- Tamaño: número de integrantes, familias nucleares, familias extensas, compuestas, entre otras.
- Creencias: de todos los miembros según la cultura del medio, la de cada miembro y las particulares de los padres transmitidas por generación,
- Manejo de la norma: asociada con el estilo de autoridad, la disciplina, el auto control.
- Otros: Nivel de instrucción, estrato, valores, patrones de crianza previos de los padres.

-
- *Los lazos interactivos en ellos: dominio, cercanía, distancia,*

En las características mencionadas, se destaca las normas, ocupan un papel muy importante no solo en la regulación de la convivencia, también se encuentra presente en otros espacios humanos de socialización. Por eso, Gómez (2003), plantea que hay tres escenarios de Crianza en las que se aceptan o no comportamiento para la convivencia:

- *Primer escenario de crianza: La familia, hace la Socialización primaria, se encarga de las primeras bases de educación, con la crianza.*
- *Segundo escenario de crianza: La escuela.*
- *El tercer escenario de crianza: La sociedad.*

Las normas como medio de socialización, al mismo tiempo, facilitan que niños, niñas y adolescentes adquieran disciplina. Cuando la norma se interioriza, queda instaurada en la mente de la persona, permite que tengan autocontrol. Se busca que cada escenario humano establezca normas que ponen límites y sirvan para ser obedecidas. Los límites demarcan y establecen las normas y reglas de cada familia. De este modo, en la medida que se usan normas, se crean rutinas y éstos hábitos, a su vez, se genera disciplina, que es una derivación del uso de las normas.

En relación a la disciplina²⁵, Robin (2004) expone que “los padres necesitan dividir las cosas que pueden negociarse y las que no. Hay una diferencia importante entre las cosas que pueden manejarse democráticamente y las que no. Cada padre tiene una serie de aspectos referentes a reglas básicas para vivir en una sociedad civilizada, valores, moralidad, legalidad, los cuales no están sujetos a negociación. Esto incluye entre otras cosas la cuestión del uso de drogas, alcohol, aspectos de sexualidad, religión.” Así lo confirma Chouhy (2002).²⁵

“La capacidad de controlar impulsos es necesaria para que una persona pueda funcionar dentro de la ley. Es imprescindible tener incorporada la capacidad de postergar en el tiempo la gratificación, de resistir el impulso a actuar para gratificarse en un momento determinado. Es un componente crítico de la conducta responsable del individuo en sociedad, pero no el único, es también necesaria la capacidad de registrar y tener en cuenta los sentimientos de otras personas, es decir tener capacidad de empatía.”

Atendiendo a la necesidad de la norma en la crianza, Gómez (2003), informa:

- *“La norma es la regla que se debe seguir o aquello a lo que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etcétera”*
- *“La norma debe ser entendida como algo para el bien de niños, niñas y adolescentes: siempre debe haber un referente normativo como elemento imprescindible para la construcción y reconstrucción de la autoestima, la autonomía, la autocrítica y el autocuidado”*

Entonces, la finalidad de la norma, en el comportamiento humano, es: Incorporarse en el modo de ser de cada niño, niña y adolescente. Regular la conducta, AUTONOMIA-AUTOREGULACION.

La Doctora Patricia Díaz Gordon ²⁶, a partir de su experiencia profesional, sugiere algunas pautas generales para favorecer una crianza positiva, que interesante sería que el juez de familia, al asumir el conocimiento de uno de estos procesos, el de custodia y cuidado personal del hijo, o el de pérdida de la patria potestad, se preocupara por identificar en el cuadro familiar en conflicto, la presencia de positivas pautas de crianza, de tal forma que de no encontrarse, se diera la orden al equipo interdisciplinario del ICBF, e incluso a la misma Trabajadora Social, o Psicóloga, si la hubiere, adscrita al juzgado, de iniciar procesos de socialización, con el grupo familiar, de lo que constituyen positivas pautas de crianza y la importancia de establecer límites normativos, objetivos familiares, hábitos y utilización de lenguaje coherente al generar cualquier acción correctiva sobre el NNA. ²⁷

²⁶ Psicóloga egresada de la Universidad del Norte, (Uninorte). Especialista en Pedagogía para el aprendizaje de la Enseñanza de las matemáticas y la lecto-escritura, Convenio Universidad Externado de Colombia-UNAB. Magistra en Educación, convenio Universidad Pontificia Javeriana-UNAB. Docente del Programa de Psicología de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro activo de las Redes Nacionales de Laboratorios y de Investigadores de Psicología.

²⁷ *En el establecimiento de los límites, normas, objetivo o hábitos hay que utilizar un lenguaje coherente. Al generar cualquier acción correctiva, es necesario, tener presente:*

1. *La edad del niño y su personalidad. Entre más pequeños, comprende más con nuestras propias acciones que con palabras, leen gestos, están muy atentos a ello entonces exige ser pacientes y ofrecer opciones o alternativas, ofrecer posibilidades de negociar y explicar lo positivo, lo negativo, así como las consecuencias de sus acciones.*
2. *Dele órdenes al niño de una forma clara, que el niño las entienda.*
3. *No le muestre rabia o prevención; hablele suave, con cariño, pero con firmeza. Espere un momento para ver si las cumple. Si no las cumple, guíe al niño y hágalo obedecer (sin mostrarle rabia); si no es posible, anímelo con cosas que sean del interés del niño. Cuando las cumpla, felicítelo y si le promete algo, cúmplalo.*
4. *Mantenga un mismo criterio acerca de las normas que debe cumplir el niño: prohibir hoy unas cosas y mañana permitir las, le ocasionará inseguridad y dificultades.*
5. *Muestre normas claras, sin crear miedo y rabia en el niño. El miedo le impide organizar su mente y se puede convertir en odio no solo a las normas, también a la autoridad*
6. *Asigne pequeñas tareas, revise, haga retroalimentación y permita participar en las actividades y decisiones de la familia.*
7. *Establezca previamente las "reglas del juego", procure que sean formas aceptadas por todos y exigibles a todos.*
8. *Póngase de acuerdo en quien ejerce la autoridad en un momento dado y apóyense, para que su hijo confíe en ambos.*
9. *No ejerza la autoridad fiscalizadora (usted revela sus propios miedos), su hijo(a) necesita un margen de libertad y confianza para su desarrollo.*

2. Jurisprudencia.

Traemos a colación un triste episodio judicial conocido en sede constitucional, al resolverse una acción de tutela promovida contra un

10. *Ofrezca razones claras, válidas y cortas, evitando la "cantaleta", cuando hagan uso de su autoridad. Su hijo necesita saber por qué y para qué razón obedece.*
11. *Respeten sus procedimientos o estilos personales de mandar siempre y cuando estén en función del beneficio del hijo.*
12. ***Procuren exigirse a sí mismos lo que exigen a sus hijos.***
13. *Ser firmes en nuestras decisiones. Evitar amenazas vacías y no ceder ante sus más mínimas presiones; evitar decir SÍ en la misma frase en la que ya hemos dicho NO. Si queremos que nos respeten, debemos tener credibilidad.*
14. *Nunca debemos insultarles. Sería un ataque directo a la autoestima del niño y perderíamos puntos en nuestra propia dignidad. Debemos ser capaces de hacerle ver que estamos enfadados con la situación, no con él, y eso es, fundamentalmente, lo que queremos que comprenda.*
15. *No debemos sermonear. Representa para los niños un monólogo repetitivo y monótono, por lo que muy pronto dejarán de escuchar, no creen, pierde usted autoridad.*
16. *No usar ningún modo de violencia -verbal, gestual o física- y sí la Inteligencia Emocional. Lo que de verdad queremos es que nuestros hijos aprendan a dominar sus emociones y que consigan sus metas de una manera razonada. Mediante el diálogo debemos ayudarles a la construcción de sus propias ideas.*
17. *Evite chantajear o amenazar afectivamente al hijo, eviten la ironía despectiva, la burla o el sarcasmo porque la autoridad se desgasta en ella.*
18. *Garanticen la armonía familiar con una autoridad razonable y justa.*
19. *Sean resistentes a las dificultades y frustraciones. No se desanime cuando el hijo falle, acójanlo por grande que sea la falta.*
20. *Recuerde que comprender a su hijo no significa dejar de hacerle exigencias.*
21. *Confíe en el ejercicio de la autoridad que ustedes, como padres, establecen. No lo suprima por el hecho de que los demás no lo hacen, o lo hacen de forma diferente.*
22. *Procuren que la sanción sea proporcional a la falta, piensen antes de hacerlo y sean firmes. Ofrezca siempre una explicación razonable que*
23. *Hay acuerdo en cómo educar a los hijos, y en como armonizar la autoridad paterna y materna para una mejor educación de cada hijo. La autoridad de los padres ha de ser complementaria, no excluyente, no delegada de uno en otro cónyuge*
24. *Se apela al razonamiento del diálogo, se potencia la responsabilidad de los hijos por aproximaciones sucesivas. Huir tanto del sobreproteccionismo como del desentenderse cuando pueden necesitar ayuda*
25. *Se llega a los acuerdos en temas puntuales con los hijos. Se pueden concretar dichos acuerdos mediante contratos de conducta. El llegar a una conducta-meta en los hijos conlleva el descomponerla en los pasos mínimos sucesivos, que hay que reforzar las aproximaciones a la conducta-meta y extinguir la conducta a eliminar*
26. *Somos firmes cuantas veces sea necesario, pero sabiendo cambiar a actitudes de flexibilidad y cariño siempre que sea preciso*
27. *Se presta atención al buen comportamiento, a los aspectos positivos que tiene toda persona, y no se atiende únicamente a las conductas desadaptativas.*

Juzgado de Familia , y en relación con un proceso de custodia tramitado y resuelto en dos años ²⁸.

Se advierte que no existe el menor ánimo de criticar decisiones judiciales, solo pretendemos hacer énfasis en :

- (i) la importancia de definir esta clase de conflictos en el menor tiempo posible a través del procedimiento legal establecido y respetando los derechos de todas las partes en conflicto;
- (ii) la relevancia que tiene para la efectividad de los derechos de las partes en conflicto y en especial de los intereses prevalentes de los niños y adolescentes, que el juez ejerza con atención y celeridad los “poderes” que la normatividad le ofrece, en aras de eliminar los obstáculos que se erijan para su rápida solución, o

²⁸ Acción de tutela, radicación # 2009-221-33 (2009- 451-00). Accionante: MARIA CONSUELO GUARIN PLATA. Demandado: JUZGADO 1° DE FAMILIA DE CARTAGENA . Providencia: Sentencia tutela 1ª instancia # 50 del 11 de septiembre de 2009, emitida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Sentencia confirmada por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia del 26 de octubre de 2009, expediente 13001-22-13-000-2009-00221-01, M.P. Dra. RUTH MARINA DIAZ RUEDA. Siendo del caso transcribir las conclusiones de la segunda instancia:

“ 2. Bajo la anterior perspectiva, lo que el impugnante pretende en este escenario es, sin más que se reabra el debate sobre la conveniencia del aludido proveído y sus efectos, cuestión que ya se hizo, no únicamente ante el Juez natural - auto de 22 de enero de 2009, folio 96-, sino con la tutela que frente a ese auto interpuso el progenitor, la que, como se relató, fue desestimada en primer y segundo grado, este último decidido por esta Corporación.

Así las cosas, se confirmará en su integridad el fallo atacado, porque efectivamente se corroboró que la autoridad aquí demandada incurrió en una omisión intolerable, al no hacer ejercicio de los “poderes” que la ley le otorga (artículo 37 del Código de Procedimiento Civil), y con ello garantizar el interés superior de los niños, quienes no pueden estar sometidos a la deriva de no tener definida su situación familiar y afectiva.

3.Finalmente , la Corte hace un enérgico llamado de atención al Juez acusado, para que en lo sucesivo, en el presente proceso y en los demás que se ventilen intereses de niños y adolescentes, ejerza con atención y celeridad los “poderes “ que la normatividad le ofrece, en aras a eliminar los obstáculos que se erijan para su rápida solución, o para el cumplimiento de las providencias que allí se adopten”.

para el cumplimiento de las providencias que se adopten dentro de un proceso de custodia y cuidado personal de NNA.

2.1. Exposición del caso, objeto de la acción constitucional:

Pretendía la accionante MARIA C. G. P. se le amparara su derecho fundamental al DEBIDO PROCESO, DERECHO DE DEFENSA Y DERECHO A LA IGUALDAD, que consideraba habían sido vulnerados por el JUEZ PRIMERO DE FAMILIA DE CARTAGENA.

Afirmaba la accionante MARIA C. G. P., que: a) En el Juzgado Primero de Familia de Cartagena se tramitaba un procedimiento de Custodia y Cuidado de los menores M. A., M. V. y G. E.C. G . Proceso promovido por Jorge E. C. S., en su contra. b) Por medio del auto admisorio de la demanda, agosto 15 de 2008, se decretó como medida provisional, asignar la custodia de los tres (3) menores M. A. , M. V. y G. E.C. G al padre y demandante Jorge E. C. S., y a favor de la madre se reglamentó provisionalmente un régimen de visitas. c) El abogado de la demandada, hoy accionante, interpuso sobre dicho auto un recurso de reposición, discutiendo la ilegalidad de la medida, recurso que se resolvió cinco (5) meses después, por medio de auto de fecha 22 de enero del 2009, d) El Juez 1º de familia repuso el auto y modificó la medida cautelar y le otorgó la custodia provisional de M. V. y G. E.C. G, sus hijos menores a la madre, Sra. M.C.G.P. y la custodia de su hija mayor la confirmó en cabeza de su padre y demandante. e) Pese a lo anterior la parte demandante había sido renuente al acatamiento del auto, por lo que presentó denuncia penal por “Fraude a Resolución Judicial” contra el Sr. JORGE E. C. S. f) La solicitante de tutela informa que ha presentado varios memoriales al Juzgado 1º de Familia de Cartagena con la finalidad que el Sr. Juez se sirva requerir al Sr. Jorge E.C.S, demandante, para que le dé cumplimiento a la medida provisional de custodia y

cuidado personal, reintegrándole sus dos hijos menores, el funcionario judicial no ha resuelto nada a su favor.

Advertía la accionante que su hija menor M. V., estaba siendo manipulada por parte de su padre, afirmación que es ratificada por concepto de la Psicóloga de la Comisaría de Familia de Cartagena, quien además manifestó que dichas manipulaciones por parte del padre le impiden a la menor autodeterminarse y proceder objetivamente, puesto que se refiere a su madre de manera negativa como consecuencia de que su padre habla en términos desobligantes de la madre ante la presencia de los menores, lo que ejerce una influencia negativa en ellos.²⁹; Pese a lo anterior, el niño si ha manifestado su deseo de vivir con su madre.³⁰

2.2. El trámite impartido:

Se avocó el conocimiento de la acción de tutela, por auto del 2 de septiembre de 2009. En esta providencia se dispuso la vinculación del tercero interesado en los resultados del proceso cuestionado, señor JORGE E. C.S.

La Procuradora Judicial de Familia , procedió a rendir el siguiente informe:³¹

Con relación a la denuncia de la accionante sobre que el señor J. E. C. S. padre de sus hijos, viene ejerciendo arbitrariamente la custodia sobre su menor hija M. V., circunstancia por la cual considera se le vulnera el derecho fundamental a un DEBIDO PROCESO y su derecho de DEFENSA, razones estas por las que solicita mediante esta acción de Tutela, se ordene al JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE CARTAGENA, garantice el cumplimiento de los mencionados derechos y ordene el cumplimiento del auto donde se le otorga la custodia provisional de su hija M. V..

²⁹ Folio 10 del expediente de tutela

³⁰ Folio 15 del expediente de tutela

³¹ Folio 94 cuaderno del Tribunal

La Señora Agente del Ministerio Público no se opuso a las pretensiones de tutela y observa la funcionaria de la Procuraduría General de la Nación que : (i) de conformidad con el art. 37 C de P.C son deberes del juez, dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización, procurar la mayor economía procesal y hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, entre otras, y en el caso que nos ocupa no obstante de tratarse de un proceso de custodia que de tramita en única instancia por el procedimiento verbal, el proceso lleva más de un año sin que se haya tomado una decisión de fondo, pues la demanda fue admitida desde el 15 de agosto de 2008, situación esta que se viene prolongando en el tiempo y que ha desencadenado en una grave problemática al interior de la familia pues cada día que pasa se rompen y deterioran más los nexos entre M. V. y su señora madre. (ii) Indistintamente que ante la Fiscalía se adelante una investigación por el punible de Fraude Procesal contra el señor JORGE E. C. S., es deber del Juez de Familia impulsar el proceso y resolver oportunamente las peticiones de las partes. (iii) Alega que el debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas es elemento central del estado de derecho y su respeto constituye un límite necesario a la arbitrariedad.

2.3. Debate judicial:

Revisada la actuación, y según lo manifestado por la accionante, se cuestiona la omisión en la que ha incurrido el señor Juez Primero de Familia de Cartagena, al no utilizar sus poderes de dirección y ejecución dentro del proceso de proceso de Custodia y Cuidado Personal, radicado 2008 - 0422 , para hacer cumplir la medida provisional , por el revisada y decretada en auto del 22 de enero de 2009, a través del cual se entregó la custodia provisional de los dos hijos menores M. V. y G.E. a la madre: MARIA C. G.

P., conservando el padre, JORGE E. C. S., la custodia provisional de su hija menor, M. A. C. G. De tal forma que hasta la fecha el demandante y padre de los menores no ha colocado a disposición de la demandada y madre de los mismos niños, a la menor M. V., ejerciendo arbitrariamente su custodia e impidiendo que se cumpla una orden judicial.

Problemas jurídicos planteados:

- ¿EL Juez Primero de Familia de Cartagena, ha violentado los derechos fundamentales, de debido proceso, derecho de defensa y derecho a la igualdad de la señora M. C. G. P., por su omisión, frente a la no resolución de múltiples solicitudes y requerimientos efectuados por la misma demandada, y ahora accionante, para que se haga efectiva la entrega material de la custodia provisional de su hija menor M. V. C. G. en términos de lo dispuesto en auto del 22 de enero de 2009?
- ¿Es el Juez Primero de Familia de Cartagena competente para hacer efectiva la orden, por él impartida, revisada y decretada en auto del 22 de enero de 2009, a través del cual se entregó la custodia provisional de los dos hijos menores M. V. y G. E. a la madre: MARIA C. G. P., conservando el padre, JORGE E. C. S. la custodia provisional de su hija menor - adolescente, M. A. C. G.? ; ó por el contrario deben los jueces de familia esperar a que las partes recurran a otras autoridades para hacer efectivos los derechos reconocidos en providencias judiciales?

2.4. Nuestra tesis:

La respuesta a los anteriores cuestionamientos **es afirmativa** y la sustentamos con los siguientes argumentos:

2.4.1. Precedente jurisprudencial que de conformidad con el tema debatido es pertinente citar:

La Corte Constitucional en Sentencia T 186/00, indicó :

“Todos los funcionarios estatales, desde el más encumbrado hasta el más humilde, y todas las personas, públicas y privadas, tienen el deber de acatar los fallos judiciales, sin entrar a evaluar si ellos son convenientes u oportunos. Basta saber que han sido proferidos por el juez competente para que a ellos se deba respeto y para que quienes se encuentran vinculados por sus resoluciones contraigan la obligación perentoria e inexcusable de cumplirlos, máxime si están relacionados con el imperio de las garantías constitucionales.

De allí se desprende necesariamente que si la causa actual de la vulneración de un derecho está representada por la resistencia de un funcionario público o de un particular a ejecutar lo dispuesto por un juez de la República, nos encontramos ante una omisión de las que contempla el artículo 86 de la Carta, como objeto de acción encaminada a la defensa efectiva del derecho constitucional conculcado. Al fin y al cabo, se trata de acudir a una instancia dotada del suficiente poder como para lograr que de manera cierta e indudable tengan vigencia en el caso concreto las prescripciones abstractas de la Constitución.”

En Sentencia T/914 del 2007 , la Corte Constitucional señaló:

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

este último aspecto, podría ser válido que el juez competente adopte medidas de protección del menor y niegue la restitución de la custodia si encuentra que: i) el titular de los derechos de custodia del menor no los estaba ejerciendo o consintió en el hecho irregular, ii) con el padre titular de los derechos de custodia el menor se encuentra expuesto a daños físicos o psicológicos o se encuentra en una situación de riesgo, iii) llegada a una edad y un grado de madurez apropiado para tener en cuenta sus opiniones, éste se encuentra en expresa oposición a la restitución. En consecuencia, en estos casos, no sólo se trata de proteger el derecho a la estabilidad de la familia, sino también los demás derechos fundamentales de los menores quienes podrían encontrarse en situación de peligro o riesgo que ameritaría la intervención del juez competente o del Defensor de Familia, para su protección. En este orden de ideas, es lógico concluir que la restitución de la custodia de un menor al padre a quien el juez competente le asignó ese derecho, puede ser protegido por vía de tutela excepcionalmente cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor y, también cuando se afecta de manera cierta, directa y grave el derecho a la estabilidad y a la unidad familiar del niño, pues es razonable entender que, en algunos casos, la retención irregular del menor puede producir el rompimiento de los lazos entre padres y el desarrollo pleno y armonioso de las relaciones familiares, lo cual no sólo puede ser más gravoso con el paso del tiempo sino que puede producir consecuencias irreparables para el bienestar emocional del menor. Analizada así la procedencia de la acción de tutela para ordenar la restitución de la custodia de los menores retenidos irregularmente por uno de los padres, ahora corresponde analizar contra quién puede interponerse la acción constitucional.”

Ahora bien, “Para definir la estabilidad familiar del menor, a falta de acuerdo entre los padres, corresponde a las autoridades de familia competentes (administrativas y judiciales) analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar. Entonces, es lógico sostener que, una vez definida judicialmente la tenencia del niño, en aras de garantizar su bienestar y estabilidad familiar, los padres deben respetar la decisión judicial y atenerse a los parámetros fijados por quien está investido por el Estado de autoridad para definir la mejor situación del niño. De ahí que, por regla general, los padres en controversia no pueden retener la

*custodia de un menor que no ha sido expresamente autorizada por el juez o por el Defensor de Familia*³²

Dentro de las consideraciones de la sentencia de tutela , en sede de revisión, T - 953 de 2006, la Corte Constitucional reitera : i) los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral.³³ ii) la determinación del interés superior del menor debe atender a una *“cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado”*. Para definir esta ponderación, es necesario, entre otras cosas, satisfacer lo que la Corte ha denominado como “El Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor.”

Con relación al interés superior y prevaleciente del menor, se dijo por la Corte Constitucional:

*El interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los que de otra u otras personas con las cuales han entrado en conflicto. Como lo ha establecido esta Corporación, **“el interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar bueno o mejor para el niño.** Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es*

³² Sentencia T-914/07

³³ (i) la prevalencia del interés del menor; (ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad.

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

En Sentencia T- 290 de julio 28 de 1993, La Corte Constitucional, con Ponencia del Magistrado Dr. José Gregorio Hernández Galindo, se puntualizó sobre el tema :**Las relaciones personales entre padres e hijos son un derecho mutuo e inalienable**, así:

“De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco - tratándose de matrimonios disueltos - de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores

(....)

Esta Corte quiere subrayar con énfasis que los derechos de los hijos no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores, independientemente de quien los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos.

(...)

Considera la Corte que todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos. A juicio de esta Corporación, el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores así como el que crea entre ellos barreras y distancias - físicas o morales – obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune frente al derecho”.

(Lo subrayado y resaltado sobre las citas esta fuera de texto)

2.5. Valoración del acervo probatorio

Se constató:

Que era cierta la afirmación de la accionante relacionada con el hecho que su apoderado había presentado varios memoriales al Juzgado 1º de Familia, con el fin de requerirle al Juez que ordenara al Sr. Jorge E. C. S., el cumplimiento de la medida provisional de Custodia y Cuidado Personal a su favor. Existen al interior del expediente inspeccionado numerosos escritos presentados por la demandada y ahora accionante por vía de tutela, Sra. María C. G. P. , y de su apoderado judicial, en los que ponen de manifiesto desde principio del año 2009 hasta agosto de 2009 ³⁴que el demandante y padre de los menores retiene a la menor de sus hijas: M. V., sin que la madre pueda ejercer en debida forma la custodia provisional reconocida por el mismo señor Juez primero de familia de esta ciudad.

³⁴ El ultimo escrito petitorio es de agosto de 2009

No era cierto, como lo afirmó el juez accionado, que las peticiones se hubieran presentado solamente por quien no tiene el derecho de postulación, bastó revisar los folios 132 y 133 del expediente en donde el abogado , el 13 de febrero de 2009 pone de manifiesto la renuencia del demandante para atender la orden judicial y pide sea tenida esa retención de los menores como un indicio grave en su contra. Petición del 18 de junio de 2009 en el que el abogado J. A. H. T., apoderado de la demandada, pide se requiera al demandante para que acate el auto del 22 de enero de 2009. (folio 239 del expediente remitido). A folio 254 del expediente remitido para su inspección, también obra otra petición del abogado de la demandada, en el mismo sentido, reitera que se debe requerir al demandante para que cumpla con el auto del 22 de enero de 2009.

El señor Juez Primero de Familia de Cartagena, no había utilizado sus poderes de ejecución para hacer cumplir la orden, por el mismo impartida. A pesar de haber tenido la oportunidad de interrogar al demandante, no lo conmino personalmente, dentro de la respectiva audiencia, para que acatara la medida provisional y se respetaran, tanto los derechos de la madre, al debido proceso, como los intereses de los niños.

Del mismo informe rendido por el señor Juez accionado y de las actuaciones que obran en el expediente 2008 - 0422 se deduce la renuencia del señor JORGE E. C. S. para acatar la orden impartida en auto del 22 de enero de 2009.

El demandante y padre de los menores, argumentaba en su defensa, que sus hijos no querían regresar con su madre, sin asumir con responsabilidad

los deberes que como ciudadano le competen en relación con el acatamiento de las órdenes impartidas por funcionarios judiciales.

Bien podría ser verdad que la niña M. V., se sintiera a gusto con su hermana mayor y con su padre, pero el adulto debe dar ejemplo de responsabilidad y buen tino para educar a sus menor hija, prepararla afectuosamente para que asuma el cumplimiento de una orden judicial. Nos preguntábamos, en esa oportunidad, si sería esa misma actitud renuente la que asumiría, el demandante de la custodia, en caso de fallarse en su contra la demanda de custodia? El demandante daba muestras permanentes de conductas autoritarias y caprichosas.

La negativa del señor JORGE E., para acatar lo ordenado por el Juzgado 1º de Familia, se concreta igualmente al propiciar una acción de tutela en la que cuestionó la legalidad del auto del 22 de enero de 2009, acción constitucional que no prosperó en primera instancia y tampoco en 2ª instancia. Es decir que a pesar de no admitirse un recurso vertical sobre el auto del 22 de enero de 2009, esta providencia fue objeto de estudio de constitucionalidad, cobrando ciertamente una ejecutoria, que obliga a las partes a cumplirla.

El desacato al auto del 22 de enero de 2009, no solo se reflejaba en la actitud del demandante, también se materializaba en las intervenciones de su apoderada, quien promovió, desatinadamente, un recurso de apelación contra el citado auto a sabiendas que se trataba de un asunto de única instancia, provocando una mayor dilatación al acatamiento de la medida provisional de custodia. Así lo advirtió en dos ocasiones el Ministerio Público. Y En escrito que obra a folios 135 y 138 del expediente inspeccionado, la abogada del señor JORGE EDUARDO , se refiere

al auto del 22 de enero de 2009 como una odiosa medida , lo cuestiona y pide disponer nuevamente la custodia de los tres hijos en cabeza del padre.

El señor J. E.C. S., una vez conoció el resultado del primer auto, agosto 15 de 2008, en el que de oficio el señor Juez dispuso una medida provisional, otorgando la custodia de los tres menores al padre, el demandante, sin esperar la ejecutoria del auto que había sido recurrido en reposición por la demandada, a través de su inicial apoderada. Hecho que bien conoció la apoderada judicial del demandante, porque ejerció ampliamente el derecho de contradicción, durante los cinco meses siguientes.

Los dos hijos menores, para esa época, agosto de 2008 , se encontraban estudiando en Cartagena, y estaban bajo el cuidado de su madre. El mismo demandante desestabilizó a los menores, los sacó de su entorno familiar habitual, bien o mal estaban con su señora madre y se encontraban estudiando, el demandante so pretexto de una inmediata matricula en planteles educativos que sobre califica por encima de los que albergaban académicamente a sus hijos en Cartagena, y de información sobre adquisición de muebles para ubicarlos en Barranquilla, descalifica las condiciones en las que vivían en Cartagena, empieza a comparar, y afirma que ahora si tienen meriendas , yogures y comida que agrada a los menores.

El señor CASTILLO SANTOS asumió apresuradamente la custodia de sus tres hijos, sin dar espera a los resultados del proceso, sin garantizar el derecho de contradicción de su contraparte, que era nada menos , la madre de sus hijos, con quien vivían los menores, era notorio como sus intereses se sobrepusieron por encima de los de sus dos hijos menores, sin importar que estaban estudiando, que tenían sus amistades en otra ciudad, que de

todas formas estaban con su madre, quien si bien ha tenido dificultades frente a la crianza de su hija mayor, que no son recientes, datan del año 2003, según informe psicológico emitido por Medicina Legal, y que obra a folio 148 - 165 ³⁵ del expediente remitido por el Juzgado, no por este hecho se le puede prejuzgar y quitar la custodia de todos sus hijos.

No fue prudente la aptitud del padre, ni lo fue la de su apoderada judicial, quien debió advertirle sobre la no ejecutoria de la medida provisional. Y no quiso cumplirla, presentó tutela contra el auto del 22 de enero de 2009 y habiéndosele requerido dentro de la audiencia de conciliación y saneamiento del proceso, hizo caso omiso a la entrega de la menor.

Y es que la tozudez del padre no se quedó en punto a propiciar el ejercicio arbitrario de la custodia de sus hijos, instauró una demanda de alimentos en contra de la madre, a sabiendas que ella debe cuidar de sus dos hijos menores, a sabiendas que la niña M. V. tiene la custodia asignada en favor de su mamá, mientras se resuelve de fondo el proceso ³⁶, en el mismo proceso se pidió regulación de visitas, cuando bien sabe el demandante que existe un proceso anterior en el que se debate la custodia de los tres menores.

Los informes de los funcionarios especializados del ICBF son coincidentes, y se recomienda que los adultos fijen reglas claras sobre las pautas de crianza, y el aspecto material con el que han de contribuir, para que no sea esto una riña permanente que repercuta sobre la relación filial - parental que se desea recuperar.

³⁵ Este informe es importante de traer a colación porque se refleja desde octubre de 2003 la agresividad de la niña mayor, la manipulación que desde ese entonces ejerce su padre sobre ella, las permanentes descalificaciones y desautorizaciones del padre, a la madre, cuando ella quiere corregirla. Desde esa época los conflictos de la pareja se extra polarizaron, la menor es tomada como caballito de batalla y se pretende por el padre que tome partido en su favor y en contra de la madre. El padre afianza la agresividad de la menor para con su madre.

³⁶ Véase providencia del Juzgado 7º de familia de Barranquilla, del 29 de mayo de 2009, folio 240 y 243.

Finalmente es importante rescatar el informe rendido por la Fiscal seccional 47, dentro de la investigación penal por Fraude a Resolución Judicial que se adelanta contra JORGE E. C. S., a instancia de la señora MARIA C. G. P., folios 277 – 278, se solicita la remoción de la menor M. V. de su actual residencia, hacia un hogar sustituto, para brindarle asistencia psicológica. Y es de esperarse que se presente la alineación parental por parte del padre, quien no ha dejado a la madre compartir con sus hijas, en forma tranquila, neutral, independiente.

Se informa por la funcionaria:

En cumplimiento de esta orden y en desarrollo de esta investigación, esta fiscalía ha ordenado en repetidas ocasiones darle curso a la Resolución de su Despacho y hacer la entrega de la menor M. V. C. G., quien se encuentra con su padre biológico.

No obstante dicha entrega no se ha podido realizar , pues la menor reacciona de manera violenta ³⁷ negándose a acceder a ello situación que obedece a la manipulación psicológica que el señor J. E. C. S., padre de la menor ha venido ejerciendo en ella, que le impiden autodeterminarse y proceder objetivamente. Así lo ha conceptualizado la doctora Vanessa Tafur Herazzo en su condición de psicóloga de la Comisaria de Familia de esta ciudad en la que manifestó que la menor está siendo “manipulada” ya que siempre habla de manera positiva acerca de las relaciones con su padre – hermana y de manera negativa acerca de su madre y la relación que tiene con ella.

Por todo lo anterior, muy comedidamente solicito señor Juez, Decrete la remoción de la menor M. V. C. G. , de su residencia en la ciudad de Barranquilla, a un lugar sustituto con el fin que se le practique asistencia psicológica por parte de u

³⁷ Curiosa coincidencia en el año 2003 esa reacción violenta era diagnosticada a la hija mayor M. A. , cuando convivía con sus dos padres, ahora se le diagnostica a la menor M. V. , cuando esta conviviendo con su padre. Acaso esto no es síntoma del n síndrome de alineación parental?

profesional del campo, para que de esta manera se pueda dar cumplimiento a lo ordenado por su Despacho. ³⁸

Nos preguntábamos, ¿en pro de qué interés estaba actuando el padre de los menores? Nada más lejano del interés superior del niño, el violentarle psicológicamente y afectivamente, hablándose mal de su madre, y advirtiéndole en forma reiterada cualidades negativas, con el fin de manipular las mentes inmaduras de quienes no sobrepasan la edad de los 13 , 10 y 7 años de edad.

2.5. Conclusiones.

Los niños tienen derecho a vivir en ambientes sanos, pero lo sano no es sinónimo de lujos y golosinas, de colegios caros y permisos permanentes para asistir a fiestas, paseos etc. Los niños tienen derecho a no ser separados de sus hermanos, pero en este caso, el padre de los menores, ha sido abanderado querellante en contra de la madre de los menores, y con su autoritarismo, terquedad, y testarudez, no ha admitido la parte de culpa que le asiste en la mala crianza de sus hijos, al punto de causarles daño emocional, porque no pueden responder libremente a los afectos naturales hacia su progenitora, sin entrar en conflicto con el padre . El demandante a creado, tal vez inconscientemente, barreras y distancias físicas y morales entre sus hijas, mujeres, M. A. y M. V., y la madre de estas, Señora MARIA C. G. P., cometiendo una incalificable falta contra la familia y la sociedad, utilizando los términos de la Sentencia T 290 de 1993.

Al terminar el análisis factico se consideró procedente aplicar los precedentes jurisprudenciales que anteceden y entrar a conceder el amparo constitucional, frente a la reiterada omisión del Juez Primero de familia de Cartagena, de hacer cumplir las órdenes por él impartidas, en punto a las

³⁸ Acaso no valdría la misma recomendación frente a la hermana mayor?

medidas provisionales de custodia, que de oficio se determinaron dentro del proceso de custodia y cuidado personal de los menores : M. A., M. V. y G. E. C. G. . Se le advirtió al funcionario judicial que debía asumir con mayor diligencia este proceso y resolver de fondo el conflicto, a la mayor brevedad.

EL Juez Primero de Familia de Cartagena, vulneró los derechos fundamentales, de debido proceso, derecho de defensa y derecho a la igualdad de la señora M. C. G. P. por su omisión, frente a la no resolución de múltiples solicitudes y requerimientos efectuados por la misma demandada, y ahora accionante por vía de tutela, para que se hiciera efectiva la entrega material de la custodia provisional de su hija menor M. V. C. G. en términos de lo dispuesto en auto del 22 de enero de 2009.

El Juez Primero de Familia de Cartagena era el único funcionario judicial competente para hacer efectiva la orden, por él impartida , revisada y decretada en auto del 22 de enero de 2009, a través del cual se entregó la custodia provisional de los dos hijos menores M. V. y G. E. C. G., a la madre: M. C. G. P., conservando el padre: J. E. C. S., la custodia provisional de su hija adolescente , M. A. C. G.

No debe el juez de familia, quien conoce del proceso de custodia y cuidado de los menores, esperar a que las partes recurran a otras autoridades administrativas o judiciales para hacer efectivos los derechos reconocidos en providencias judiciales. Deberá ser más asertivo y explícito al momento

de emitir órdenes a título de medidas provisionales, para que estas solo sean acatadas una vez se encuentren en firme las decisiones.³⁹

En aras a restablecer los derechos fundamentales de la accionante y los de la menor M. V., se ordenó al señor JUEZ PRIMERO DE FAMILIA DE CARTAGENA que dispusiera la restitución inmediata de la menor al hogar de la señora M. C. G. P., tal y como se ordenó en auto del 22 de enero de 2009.

Para tal efecto, se le advirtió al señor JORGE E. C. S., que debería proteger los intereses de su menor hija M. V., no solamente dejando de indisponerla con su señora madre, sino permitiendo que los funcionarios del ICBF, los psicólogos de la Comisaria de Familia, Zona Norte, Casa de la Justicia de Canapote, la Fiscal seccional 47 de Cartagena y la señora Procuradora Judicial para asuntos de familia, velen por que se efectúe de inmediato el reintegro de la menor al hogar de su madre y pongan a disposición de la menor M. V. C. G., y de la señora MARIA C. G. P., todos los recursos humanos y profesionales necesarios para el restablecimiento de las relaciones entre la madre y su menor hija, procurando vigilancia diaria y permanente en este proceso hasta que se defina de fondo el litigio de la custodia.

Al señor J. E. C. S. como buen padre de familia, que afirma ser , se le requirió para que cesarán las acciones, tal vez inconscientes, que obstaculizaban una buena relación de sus hijas con la señora M. C. G. P. Y para que acatara de inmediato las órdenes judiciales impartidas dentro

³⁹ No es del caso asimilar medidas provisionales en torno a la custodia de menores con el tema de medidas cautelares, como son el embargo y secuestro de bienes, que en ciertos procesos son procedentes y no se requiere de esperar su ejecutoria para cumplirse.

del proceso que él mismo ha promovido por la custodia y cuidado de sus menores hijos.

Segunda Sección:

Proceso de Perdida y / ó Suspensión de la Patria Potestad.

1. Marco teórico.

La patria potestad es un conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes del hijo menor, salvo las excepciones que consagra la ley, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones.

Según lo dispuesto en el Código Civil, los derechos que comprende la patria potestad, se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de

administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo.

Los derechos, que se otorgan a los padres, sobre la persona del hijo y que derivan de la patria potestad se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección del hijo. El Código Civil dispone que corresponde de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza de sus hijos (Art. 253). Derechos que, dado que la patria potestad tiene como fin primordial la protección del hijo en la familia, involucran la obligación de mantenerlo o alimentarlo (Cód. Civil., Art. 411); y de educarlo e instruirlo; es decir, tienen la dirección de la educación del hijo, con la facultad de corregirlo (Cód. Civil., Art. 262, modificado por el D. 2820/74, Art. 21) la que sólo será legítima en la medida que sirva al logro del bienestar del menor. En efecto, a los padres les está prohibido abandonar al hijo, so pena de perder la patria potestad (Cód. Civil., Art. 315 Inc. 2º).

La Patria Potestad es una Institución jurídica que tiene gran trascendencia en el desarrollo de la familia. Nuestro ordenamiento positivo entrega dos normas ⁴⁰que reflejan la transformación histórica de este concepto, desde lo que se entendió como un poder absoluto de los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, hasta llegar a comprenderse como un derecho - función, o derecho - deber, que facilita el cumplimiento de las obligaciones de los padres.

Por una parte, el art. 288 del Código Civil Colombiano (C.C.), Subrogado. Ley 75 de 1968, Art. 19. y Modificado por el Decreto 2820 de 1974, Art. 24, reza :

⁴⁰ Art. 228 del Código civil y Art. 14 del Código de la Infancia y Adolescencia

La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro.

Los hijos no emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia.

Por otra parte, el art. 14 del CIA ⁴¹:

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. *La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto 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.

JOSÉ DAVID CORREDOR ESPITIA, confrontando estas dos normas y propone la siguiente definición de Patria Potestad:

La responsabilidad de los padres emanada de las facultades y las consiguientes obligaciones en el cuidado integral de los hijos no emancipados. Tales responsabilidades comprenden las que se dirigen a la conservación y administración de sus bienes, su representación judicial y extrajudicial, y su orientación, cuidado, acompañamiento y crianza, para que puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. ⁴²

Al entender la potestad parental como un derecho - función o un derecho - deber, Se tiene al hijo incapaz por la edad , no como objeto sino como sujeto de derecho; se considera su “interés superior”, y no el interés de los padres; su poder o autoridad no es el capricho, o la arbitrariedad sino el

⁴¹ Ley 1098 de 2006.

⁴² CORREDOR ESPITIA, José David. *CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SU VIVENCIA EN LA PRACTICA JUDICIAL*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C., 2008. Página 161.

deber de proteger, de orientar, de cuidado al pupilo, tanto en su persona como en su patrimonio. Su autoridad se refleja en el cuidado personal, en el afecto, en la ternura y en el amor, que ha de brindársele a la hija o al hijo; el cuidado de su salud física y emocional, la corrección moderada, que no es permisividad para la violencia, sino guía para la formación, para hacer del niño una persona integral, y proporcionarle los medios para que desarrolle sus capacidades en busca de una profesión u oficio.

Respecto de la habilitación legal para que los padres administren los bienes de sus hijos, tiene el padre y la madre el deber, en ejercicio de esa calidad de padres, del cuidado de los bienes del hijo, para hacerlos productivos, no para disponer de ellos a su arbitrio. El usufructo no se debe considerar como un “derecho” a disfrutar de ellos o de su producción sólo por el hecho de ser padre o madre, sino que se debe entender como una contribución a las cargas familiares, para el sostenimiento colectivo del grupo, como desarrollo al principio de solidaridad.

Lo que debemos entender por el ejercicio de la función conjunta de la patria potestad: El ejercicio de la potestad parental, entendida como un derecho - función o un derecho – deber, corresponde a los dos padres, en forma conjunta y solidaria, tal como lo dispone el art. 14 del CIA, ratificando lo dispuesto desde el decreto 2820 de 1974, que modificó el Inc. 2º del Art. 288 del C.C., al precisar que corresponde a los padres conjuntamente el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos legítimos.

Ese ejercicio conjunto de las funciones parentales en forma igualitaria por parte de padre y madre, tienen fundamento normativo en : (i) el art. 42 de la Constitución Política , que determina que las relaciones familiares se

basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes ⁴³; (ii) Artículo 43 de la Constitución Política que establece la igualdad del hombre y de la mujer. ⁴⁴

A partir de la Constitución de 1991, la patria potestad es un elemento material en las relaciones familiares en la medida que su ejercicio es garantía de la integración del hijo menor al núcleo familiar el cual debe brindarle cuidado, amor, educación, cultura y en general una completa protección contra los eventuales riesgos para su integridad física y mental. Desde esta perspectiva, el derecho constitucional preferente que le asiste a las niñas y niños, consistente en tener una familia y no ser separados de ella, no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos.

En el nuevo contexto constitucional, el derecho y el deber que tienen los padres para corregir al hijo menor, si bien deriva de la autoridad que aquellos ejercen

⁴³ **Artículo 42.**-*La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. (...)*

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

La ley reglamentará la progeneración responsable.

⁴⁴ **ARTICULO 43.** *La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.*

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

sobre éste, y es indispensable para la estabilidad de la familia, para el logro de los fines que les corresponden, y es inherente a la función educativa que a los progenitores se les confía, *la patria potestad no puede traducirse en decisiones que violenten o transgredan los derechos fundamentales del menor, de hecho por ejemplo, en aras de educar y corregir al hijo el padre no puede maltratarlo y agredirlo sin atender contra sus derechos fundamentales a la integridad personal y a la dignidad; tampoco puede el titular de la patria potestad tomar decisiones que afecten a sus hijos, contrarias o nugatorias de su condición de ser dotado de una relativa autonomía, salvo que con ellas el menor ponga en peligro su propia vida*" .

En la actualidad con base en el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, consagrado a partir de la entrada en vigor de la *Convención sobre los Derechos del Niño de 1989*, se promueve el ejercicio de una potestad de los padres hacia sus hijos, controlada por los poderes públicos⁴⁵, relación que se enmarca dentro de los postulados del proteccionismo renovado.

Lo expuesto implica que:

- (I) Si bien se respetan las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres conferidos por la ley, las autoridades competentes pueden llegar a determinar la separación de los hijos ⁴⁶, si sus derechos son vulnerados, por parte de sus progenitores en el ejercicio de sus funciones.

⁴⁵ Convención sobre los Derechos del Niño. Arts. 5, 9.1., 18.1. y 19.

⁴⁶ El Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, contempla en el artículo 22, el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, respecto del cual señala que “los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

(II) Los roles parentales dejan de ser derechos absolutos o meramente poderes-deberes, son derechos limitados, por los derechos de los propios niños, con fundamento en la aplicación del principio de su interés superior⁴⁷.

En cuanto a los criterios jurídicos relevantes para determinar el principio del interés superior del niño, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-292 de 2004 ⁴⁸ resalta los siguientes: (1) la garantía del desarrollo integral del menor; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (3) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado; y (6) la necesidad de tener en cuenta las opiniones expresadas por el menor respecto del asunto a decidir”.

2. Planteamiento del Debate Jurídico.

El legislador estableció una serie de causales de suspensión y otras de terminación de la patria potestad, dado que en aras de la garantía del interés superior del menor quienes no cumplen sus responsabilidades como padres o con sus actuaciones se hacen indignos de ejercer la representación de sus hijos, deben cesar temporal o definitivamente con la titularidad de las facultades que tal

⁴⁷ Cfr. Con la Ponencia de la Dra. Aida Fernández de los Campos, *La protección jurídica del niño. El interés superior del niño en las relaciones paterno filiales*, presentado dentro del Programa de Maestría en Derecho de Familia. Fac. Derecho. UNAB. Citas (i) Según expresa Campbell, los derechos de los padres tienen carácter instrumental y están destinados a satisfacer los intereses y derechos intrínsecos de los niños. Véase CAMPBELL, Tom D. “The rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult”, en Alston, Philip; Parker, Stephen y Seymour, John (eds) *Children, rights and the law*, Clarendon. (ii) CILLERO BRUÑOL, Miguel. “El interés superior en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”...En: GARCIA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Compiladores) En *Infancia, Ley y Democracia*. Editorial Temis – Ediciones De palma. Bogotá-Buenos Aires. Segunda Edición, 1999, pp. 83 y ss. Press, Oxford, 1995. pp. 1-23.

⁴⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T- 510 de 1993.

condición les otorga la ley, para que en su lugar sea un guardador (tutor o curador) quien brinde la protección especial que requiere el hijo.

Decisión judicial, difícil, decirle a la madre o al padre : **usted pierde la patria potestad, el poder parental para cuidar personalmente a su hijo o hija Y para administrar y usufructuar sus bienes; es como decirle usted no será más el padre o madre.** Decisión irreversible judicialmente.

También se torna complicado decidir sobre la suspensión de la patria potestad, pero al menos esta decisión puede ser revisada y lograrse la rehabilitación del derecho parental.

En ocasiones la causal invocada en un juicio de pérdida de la Patria Potestad⁴⁹, es clara y se comprueba fácilmente, sin duda alguna, por lo tanto se puede concluir con una sentencia favorable a las pretensiones emancipación judicial , decretando la pérdida de la Patria Potestad del padre o madre demandado. Pero en la gran mayoría de casos no es fácil resolver, porque se trata simplemente del escalonamiento de un conflicto de custodia, mal resuelto judicialmente, o del escalonamiento de un conflicto de divorcio en el que las partes luchan hombro a hombro por trofeos de una guerra sin fin: sus hijos comunes.

Es importante, frente a cada caso en particular, analizar la situación fáctica que plantea la demanda , precisando si la valoración probatoria arroja o no un resultado positivo de cara a las pretensiones de la demanda de privación de la patria potestad.

⁴⁹ Con fundamento en el artículo 315 del C. C.

Si con certeza se logra probar cualquiera de las causales enlistadas en el art. 315 del C.C., el debate jurídico no corresponde al tema que estoy exponiendo.

Nuestra tesis es relevante, si y sólo si, frente al caso en que no se logra probar alguna de las causales que cita el artículo 315 del C.C., llevándonos en una respuesta rápida y pragmática a decidir que la sentencia de primera instancia debe ser revocada. Pero analizado el acervo probatorio en forma exhaustiva, nos encontramos con que existe, dentro del expediente, prueba suficiente que entrega certeza judicial sobre la configuración de una de las causales legales que permitirían ordenar la suspensión de la patria potestad, al tenor del artículo del C.C., pero como no fue alegada y no está inserta en una de las pretensiones de la demanda, viene el juez a obrar oficiosamente disponiendo la suspensión de la patria potestad, aún cuando la norma sustancial no entregue explícitamente esta facultad al funcionario judicial, alegándose “donde se puede lo más se puede lo menos” .

Problema jurídico.

¿Promovida una demanda con el objeto de obtener la privación de los derechos de la patria potestad en cabeza de uno de los progenitores de un NNA, y no lográndose probar la causa alegada con fundamento en el artículo 315 del C.C., pero existiendo dentro del plenario prueba suficiente que de certeza judicial sobre la configuración de una de las causales legales que permiten la suspensión de la patria potestad, al tenor del artículo 310 del C.C.⁵⁰, puede el juez de oficio decretar la suspensión de la patria potestad, para favorecer los derechos del NNA?

⁵⁰ ARTÍCULO 7o. Del Decreto 772 de 1975 que modificó el artículo 310 del Código Civil.

2.1. Nuestra tesis.

La respuesta que proponemos , frente al anterior interrogante, **es positiva** y la argumentamos de la siguiente forma:

Esta decisión, la suspensión, no solo favorece el interés actual del menor, sino que garantiza los derechos del padre, quien hacía el futuro puede obtener el restablecimiento de este Derecho.

Explícitamente la norma sustancial permite al juez, de oficio, decretar la pérdida de la patria potestad, para favorecer los derechos del NNA, pero no expone con la misma claridad la facultad oficiosa para ordenar la suspensión de la patria potestad, es que se origina una situación, que catalogamos como injusta y contraria a los derechos del NNA.

Los funcionarios judiciales al estudiar y definir este debate, acuden a la regla de la congruencia de la demandada con la sentencia, para afirmar que no puede entrarse al estudio de las causas que dan lugar a la suspensión de la patria potestad por no haber sido invocada esta pretensión, ya que las pretensiones fueron formuladas como pérdida de patria potestad, y las causas que dan lugar a una y otra son diferentes, así como sus consecuencias.

Igualmente explican que la suspensión de la patria potestad obedece a conductas de las que no puede inferirse ningún grado de culpabilidad por parte de quien eventualmente pudiera ser suspendido del ejercicio derivado de esta figura jurídica y que solo indican la imposibilidad de su ejercicio

por aspectos no atribuibles a la voluntad del progenitor, como lo sería el estar demente, o una larga ausencia. Y no ocurre lo mismo con relación al concepto de pérdida de la patria potestad, que implican cierta conducta dolosa por parte de quien se solicita su privación, como son el maltrato al hijo, el abandono del mismo, la depravación.

Información que se comparte, pero no la afirmación de no poderse entrar al estudio oficioso de las causas que dan lugar a la suspensión de la patria potestad por no haber sido invocada esta pretensión, - la suspensión- ya que las pretensiones bien pudieron haberse formulado como pérdida de patria potestad y no como suspensión, y es cierto que las causas legales que dan lugar a una y otra son diferentes, así como sus consecuencias.

Recordemos que el ejercicio de la potestad parental puede ser objeto de suspensión o privación cuando los padres incurrn en las causales consagradas en los artículos 310 y 315 del Código Civil, determinación que trae como consecuencia que la titularidad de dichas facultades cese temporal o definitivamente, conservándose, claro está, los deberes que el padre o la madre tiene con los hijos, entre ellos, la obligación alimentaria.⁵¹

Importa recordar que esa potestad parental no está consagrada en beneficio de los progenitores, sino en interés superior de los niños, quienes son protegidos, de manera especial, tanto por la Constitución, como por los tratados y convenios internacionales.⁵²

El último inciso del artículo 315 del C C., reza:

⁵¹ Artículo 315 C C. 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 habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.

⁵² Artículo 8º del Código de la Infancia y la adolescencia y artículo 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada en Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989.

*En los casos anteriores **podrá el juez proceder** a petición de cualquier consanguíneo del hijo , del abogado defensor de familia y **aún de oficio.**”*

Luego si el legislador nos indica que el Juez de familia puede de oficio decretar la privación de la patria potestad, esa potestad oficiosa también puede predicarse para el caso de encontrarse probados los hechos que ameriten el decreto de la suspensión de la patria potestad. ⁵³

Igualmente es del caso citar los artículos 7º , 8º 15º (inciso 3º), 17º (inciso 1º) , 18º y el ordinal 1º del artículo 20 del Código de la Infancia y la adolescencia, así:

- *Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior. ⁵⁴*
- *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. ⁵⁵*
- ***En las decisiones jurisdiccionales o administrativas, sobre el ejercicio de los derechos o la infracción de los deberes se tomarán en cuenta los dictámenes de especialistas. ⁵⁶***

⁵³ Quien puede lo mas puede lo menos

⁵⁴ Art. 7 Ley 1098 de 2006

⁵⁵ Art. 8º *ibidem*

⁵⁶ Art. 15 de la Ley 1098 de 2006

- **Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.**⁵⁷

- **Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.**⁵⁸
*Para efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.*⁵⁹

- **Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:**
 1. **El abandono físico, emocional y psico afectivo de sus padres...**⁶⁰
 (subraya la Sala)

El artículo 44 de la Constitución Política establece la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño y a la niña para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador ha establecido una serie de derechos más específicos y deberes concretos que deben ser garantizados por el estado, en particular para los efectos del presente proceso, por los jueces de familia.

⁵⁷ Art. 17 *ibidem*

⁵⁸ Art. 18 *ibidem*

⁵⁹ Inciso 2º art. 18 Ley 1098 de 2006

⁶⁰ Art. 20 *ibidem*

Dentro del amplio espectro de derechos fundamentales del niño, reluce por su transcendencia el de tener una familia y no ser separado de ella, pues es incuestionable que en su interior encuentra el menor el cuidado y el amor necesarios para su desarrollo armónico, requeridos para su sana estructuración mental y física. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos internacionales de protección al menor como la Declaración Universal de los Derechos del niño, no vacilan en resaltar la importancia que para éste tiene el hecho de pertenecer a una familia, y a no ser separado de ella, pues el infante necesita para su desarrollo integral del afecto, amor y cuidado que los suyos le brindan. Inclusive, tales convenios no se restringen a las relaciones entre padres e hijos, sino que abarcan un grupo más amplio, que comprende a sus hermanos, tener contacto con sus tíos y primos, recibir el afecto de sus abuelos, vínculos afectivos todos ellos que comportan que el niño se sienta en un ambiente familiar que le sea benéfico.

En la legislación Colombiana, la Ley 12 de 1991 aprobó la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 9º se dispuso: *“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño.”*

Sustento normativo.

Si bien el juez en sus sentencias debe velar por no transgredir la regla procesal de la congruencia de lo pedido con lo decidido, en términos del artículo 305 del C de P. C. también lo es que el legislador en el inciso último de la citada norma ordena: *“En la sentencia se tendrá en cuenta*

cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que a perezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusióno que la ley permita considerarlo de oficio.”

Y sea del caso recordar el art. 122 Del CIA en lo que respecta al pronunciamiento oficioso del juez, así:

El juez deberá pronunciarse sobre todas las situaciones establecidas en el proceso que comprometan los intereses del niño, niña o el adolescente, aunque no hubieren sido alegadas por las partes y cuando todas ellas puedan tramitarse por el mismo procedimiento.

Sustento jurisprudencial.

Consideramos que si es posible decretar la suspensión haciendo una aplicación analógica del último inciso del artículo 315 del C.C. ⁶¹Si le es permitido al Juez de Familia , aún de oficio, decretar la privación de la patria potestad, sanción civil irreversible , más aún le será permitido , de oficio, decretar la suspensión de la patria potestad, situación que hacia el futuro y habiendo variado las condiciones actuales puede ser revisada, procediendo la eventual rehabilitación del padre, hoy demandado.

Las consecuencias de la suspensión son meramente temporales puesto que superadas las circunstancias que motivaron la decisión del juez de familia de inhabilitar a uno de los padres en el ejercicio de la patria potestad, es posible que

⁶¹ Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, las normas de derecho civil deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con lo que su intérprete autorizado disponga.

éste logre su restablecimiento mediante el proceso verbal a que alude el párrafo 1º numeral 2 del artículo 427 de Código de Procedimiento Civil.

Posición que encuentra respaldo jurisprudencial en:

- Alguna de las consideraciones insertas en la sentencia T 953 de 2006, a través de la cual La H. Corte Constitucional revisó la sentencia, que en sede de tutela emitió La H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN CIVIL- con ponencia del MAGISTRADO Dr. PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA el veinticinco (25) de mayo de dos mil seis (2006).⁶²

En esa oportunidad se afirmó:

La posición de la Corte Suprema no desconoce el interés superior del menor. En efecto, uno de los factores que es necesario tener en cuenta para evaluar correctamente en qué consiste este interés, es la defensa conjunta de todos los derechos que asisten al menor, uno de los cuales, como se verá en el fundamento siguiente de la decisión, es el derecho a mantener contacto y lazos de afecto con sus padres y el derecho de estos al debido proceso. En este sentido, no sobra mencionar que para casos en los cuales no se ha producido el abandono pero sin embargo existe un incumplimiento de deberes de uno de los padres, existen remedios menos drásticos que ordenar la pérdida de la patria potestad, como ordenar, de oficio, en el mismo proceso verbal, la suspensión de este derecho (art. 310 C.C.) o la custodia a favor del otro padre y, en casos como el presente, conceder consecuentemente el permiso de salida del país y fijar el régimen de visitas que el juez considere conveniente para el menor en atención a las condiciones de sus padres y a los derechos fundamentales de esta.

- En sede de revisión, La Corte Constitucional, en Sentencia T - 953 de 2006, reitera: i) los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de

⁶² **REF. Exp. T. No. 11001 02 03 000 2006 00714 -00** se decidió la acción de tutela instaurada por CÉSAR CUARTAS CARDONA contra el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Civil- Familia, actuando como ponente el Dr. Gonzalo Flórez Moreno, y el Juzgado Primero de Familia de esa misma ciudad.

un desarrollo armónico e integral.⁶³ ii) la determinación del interés superior del menor debe atender a una “*cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado*”. Para definir esta ponderación, es necesario, entre otras cosas, satisfacer lo que la Corte ha denominado como “El Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor.

En esa misma providencia y con relación al interés superior y prevaleciente del menor, se pronuncia la Corte Constitucional, así:

El interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los que de otra u otras personas con las cuales han entrado en conflicto. Como lo ha establecido esta Corporación, “el interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar bueno o mejor para el niño. Para que realmente pueda limitarse el derecho de padres e hijos a sostener relaciones personales y contacto directo en nombre del interés superior del menor, es necesario que se reúnan, al menos, las siguientes cuatro condiciones: (1) en primer término, el interés del menor debe ser real, es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas; (2) en segundo término, debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo; (3) en tercer lugar, dado que el interés del menor se predica frente a la existencia de intereses en conflicto de otra persona, su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación guiado por la preferencia de este principio; (4) finalmente, debe demostrarse que la protección del interés alegado tiende necesariamente a lograr un verdadero beneficio para el menor, consistente en su pleno y armónico desarrollo.

2.2. Presentación de casos.

⁶³ (i) la prevalencia del interés del menor; (ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere (iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad.

2.2.1. En casos puntuales, por ejemplo, puede establecerse con claridad que el demandado padece una enfermedad mental, que de no controlarse a través de un médico especialista en psiquiatría, farmacológicamente y terapéuticamente, puede ocasionar daño a sus congéneres y parientes cercanos. Afirmamos: por este hecho, de encontrarse enfermo el demandado, no hay lugar a privarlo de la patria potestad, pero si hay lugar a suspenderle su ejercicio mientras se tiene certeza de que su enfermedad mental se encuentra controlada y presenta una excelente adherencia al tratamiento médico. Esta decisión, la suspensión, no solo favorece el interés actual del menor, sino que garantiza los derechos del padre, quien hacía el futuro puede obtener el restablecimiento de este Derecho.

Cuál sería la decisión a tomarse? Indudablemente garantizar los derechos de la misma parte demandante de cara a la prevalencia de los derechos de los NNA. En consecuencia, teniendo en cuenta dictámenes médico psiquiátricos y psicólogos, especialistas forenses, el juez de familia puede disponer en forma oficiosa, medidas de protección, en aras a proteger el interés superior del menor, incluso decretar la suspensión de la patria potestad del padre demandado, aunque no se hubiere pedido por la demandante.

En estos casos, similares a la situación fáctica planteada, se requiere resolver de fondo el conflicto - originado desde mucho tiempo atrás y que ha ido en aumento, por las mismas condiciones de salud mental del actual demandado, y que ha trascendido del trío familiar, afectando la tranquilidad de la familia materna, con la que convive el menor-, en aras precisamente a garantizar el interés superior de Niño.

Si bien era claro, que no era procedente declarar la pérdida o terminación de la patria potestad que ejerce el señor WILLIAM D. J. O. sobre su hijo

menor J. J. J. C., con fundamento en las causales 1ª y 2ª del artículo 315 del C Civil, por cuanto se estaría sancionando civilmente al demandado por padecer una enfermedad de origen psiquiátrico, y adicionalmente porque no se acreditó un abandono absoluto del padre hacia el menor, si es viable decretar la suspensión de la patria potestad.

La Sala Civil, actuó con especial esmero, haciendo uso, de sus facultades oficiosas para demostrar que los hechos en que se funda la demanda, configuran una causal para decretar la suspensión de la patria potestad, esto es, esta debidamente comprobada la enfermedad que padece actualmente el demandado "*Trastorno Afectivo Bipolar Tipo I, llamado a veces episodios depresivos mayores recurrentes con manía= es un trastorno psicótico (en el cual hay una perdida del contacto con la realidad).*", la cual no se encuentra debidamente controlada.

Si bien es cierto y no debe olvidarse, que el amor, la presencia, guía e imagen paternal es necesaria para el desarrollo integral del niño, en el presente caso es un hecho cierto que la sintomatología de la enfermedad diagnosticada al padre, sus trastornos afectivos y de comportamiento, son actualmente perjudiciales para el sano desarrollo del menor.

La Decisión, de suspender el ejercicio de la patria potestad al demandado WILLIAM D. J. O., se tomó en aras a garantizar el interés superior del niño, que no es otro, en concordancia con el art. 18 del Código de la infancia y la adolescencia, el derecho que tiene J. J. a ser protegido contra todas las acciones o conductas que causen daño o sufrimiento psicológico. En especial, tiene derecho a la protección contra eventuales situaciones en la que en forma inconsciente, y sin culpa alguna, por los síntomas de la enfermedad diagnosticada al padre, pueda llegar a maltratarlo o a poner en riesgo su desarrollo sicoafectivo, ya de por sí alterado con los conflictos intrafamiliares que provocó la separación de sus padres.

Las autoridades judiciales debemos evitar toda forma de maltrato infantil , toda forma de perjuicio y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, demostrada la influencia negativa que ejerce el padre del menor, WILLIAM J. O. sobre su hijo J. J., debemos evitar la cercanía del progenitor como medida cautelar para garantizar los derechos del menor a vivir en un ambiente sano, a asistir de manera regular y continua a sus clases, propiciando un desarrollo mental y psicológico normal, alejado de toda forma de violencia.

Las patologías que reiteradamente el médico especialista, psiquiatra forense, y la psicóloga especialista forense, adscritos al INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL, respectivamente, diagnostican al demandado WILLIAM D. J. O., Trastorno Afectivo Bipolar Tipo I, llamado a veces episodios depresivos mayores recurrentes con manía= es un trastorno psicótico , Y un proceso de pensamiento inadecuado , que muestra rasgos de personalidad paranoide, ocasionan maltrato psicológico al menor J. J. J. C., en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño. Por lo tanto es procedente declarar la suspensión de la patria potestad que ejerce el señor WILLIAM D. J. O. sobre su hijo menor J. J. J. C., con fundamento en el artículo 310 del C. Civil, en aras a garantizar el interés superior del niño. Norma que aplicó la Sala, en forma oficiosa , interpretando extensivamente para el caso de la Suspensión, los poderes oficiosos que otorga el ultimo inciso del art. 315 del C. de P. C. y el art. 44 de la Constitución Política.

Cuál sería la garantía para el demandado?, que una vez obtenga un diagnostico favorable en cuanto a la estabilidad de su patología, con la constancia medica psiquiátrica de encontrarse con excelente adherencia a un tratamiento médico , farmacéutico y terapéutico, podrá obtener, con vigilancia de profesionales del ICBF una visita al menor, en el lugar donde este domiciliado el menor, sin que en ningún caso se le permita al padre

retirar o llevarse al menor. Visitas esporádicas que no podrán repetirse, con lapsos menores a dos meses, previo visto bueno o autorización del médico especialista tratante. ⁶⁴

2.2.2. En otros casos, es importante recordar que el incumplimiento injustificado de los deberes como madre, o como padre, no conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer. Así lo destaca la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 22 de mayo de 1987, al decir que:

"(...) en verdad, el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C. C. como causa de una u otra. En el presente caso, dadas las particularidades que lo rodean, se concluyó en el aquel incumplimiento como causa de separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a los esposos le dieron origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado -por su querer- al hijo".

Pero no lográndose probar que existe un abandono absoluto de la madre o padre sobre sus hijos, bien a podido establecerse con certeza que si existe una ausencia de vínculos afectivos o económicos entre la madre o padre y los hijos, pero esto no es justificación suficiente para que se prive de la patria potestad a una madre o padre biológico(a). Pese a que haya sido mínima la participación y aporte en la manutención, educación y formación de los hijos.

⁶⁴ Como referencia consultar la Sentencia de segunda instancia, No. 43, emitida el 2 de septiembre de 2009, radicación Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, No. 2008- 391-03, dentro del proceso de privación de la Patria Potestad que promovió Ruby Cantillo Jiménez contra William Jiménez Osorio, radicación 2007-0163-00 del Juzgado 4º de Familia de Cartagena,

Esta tesis fue sostenida, en un caso particular, por La Sala Civil del Tribunal Superior de Cartagena ⁶⁵, al considerar que el demandante tampoco logró probar que hubo un abandono absoluto de la señora ARLETTE P. R. N., sobre sus hijos J. S. Y A.L.; sin embargo, La Sala advirtió que si existía una ausencia de vínculos afectivos o económicos entre la madre y los hijos, pero esta circunstancia advertida por distancia ⁶⁶, no era justificación suficiente para que se privara de la patria potestad a una madre biológica. Pese a que había sido mínima la participación y aporte en la manutención, educación y formación del niño A. L. por parte de la señora ARLETTE P. R.

Se advirtió en la citada sentencia que la suspensión de la patria potestad, no impedían a la madre, cumplir con sus deberes y obligaciones parentales. Igualmente no implicaba que perdiera su derecho a visitar y tener la compañía de sus hijos menores, en aras a que no se perdiera el contacto con su madre biológica, derechos que debían ser garantizados por el padre de los niños.

2.3. Conclusiones

Promovida una demanda con el objeto de obtener la privación de los derechos de la patria potestad en cabeza de uno de los progenitores de un NNA, y no lográndose probar la causal alegada, con fundamento en el artículo 315 del C.C., pero existiendo dentro del plenario prueba suficiente que de certeza judicial sobre la configuración de una de las causales legales que permiten la suspensión de la patria potestad, al tenor del

⁶⁵ Como referencia consultar La Sentencia de segunda instancia, No. 68, emitida por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, radicación No. 2010- 434-03, dentro del proceso de privación de la patria potestad que promovió Álvaro Salvadores de la Espriella contra Arlette Patricia Romero Núñez, proveniente del Juzgado 7º de Familia de Cartagena, radicación 2009 - 000484-02. Diciembre de 2010.-

⁶⁶ La madre vivía en Chicago, USA, a donde viajó para cursar estudios, pero llevaba más de seis meses sin retornar al país, lo que llevaba a inferir que había tomado la decisión de quedarse viviendo en el exterior, mientras resolvía su situación legal como inmigrante. Y los niños Vivian en Cartagena, con su padre.

artículo 310 del C.C., puede el juez de oficio decretar la suspensión de la patria potestad, para favorecer los derechos del NNA.

Esta decisión, la suspensión, no solo favorece el interés actual del menor, sino que garantiza los derechos del padre, quien hacía el futuro puede obtener el restablecimiento de este Derecho. Porque se debe advertir con la máxima claridad, al emitir la sentencia que la suspensión de la patria potestad, no impiden, a la madre o padre a quien se le suspende el ejercicio de la patria potestad, cumplir con sus deberes y obligaciones parentales. Igualmente no implica que, la madre o padre a quien se le suspende el ejercicio de la patria potestad, pierda su derecho a visitar y tener la compañía de sus hijos menores. Porque precisamente, para efectos de garantizar un restablecimiento de los derechos parentales, el Juez debe velar porque no se pierda, en lo posible y materialmente sano para el NNA, el contacto con su madre y padre, derechos que deben ser garantizados por el padre o la madre que se queda con la titularidad de la patria potestad y bajo su custodia se ubican los niños.

Tesis relevante, si y sólo si, frente al caso en que no se logra probar alguna de las causales que cita el artículo 315 del C.C., llevándonos en una respuesta rápida y pragmática a decidir que la sentencia de primera instancia debe ser revocada. Pero analizado el acervo probatorio en forma exhaustiva, nos encontramos con que existe, dentro del expediente, prueba suficiente que entrega certeza judicial sobre la configuración de una de las causales legales que permitirían ordenar la suspensión de la patria potestad, al tenor del artículo del C.C., pero como no fue alegada y no está inserta en una de las pretensiones de la demanda, viene el juez a obrar oficiosamente disponiendo la suspensión de la patria potestad, aún cuando la norma sustancial no entregue explícitamente esta facultad al funcionario judicial, alegándose “donde se puede lo más se puede lo menos” .

Conclusiones generales

1. Es importante Identificar en forma correcta los problemas jurídicos que debe resolver el Juez de Familia, dentro del trámite del proceso de custodia y cuidado personal del hijo, y el proceso de pérdida de la patria potestad.

El interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los que de otra u otras personas con las cuales han entrado en conflicto.

De ahí la importancia que arroja el descifrar el debate jurídico genuino en un proceso en donde se involucren a los NNA.

Para el caso de la custodia, por ejemplo, provechoso sería para materializar ese querer universal por garantizar el interés superior del niño, que el señor juez de familia planteara el problema jurídico a resolverse, en forma positiva, como el deber ser de un buen padre o madre, ubicando a los litigantes a un mismo nivel: **¿Cual de los dos progenitores puede cuidarlo mejor?**, de esta forma logramos que:

(i) las partes se concentran en mejorar sus relaciones paterno y materno filiales y entienden la necesidad de imprimirle seguridad y afecto al hijo común, ubicado en medio del conflicto; y

(ii) se olvida, la ex pareja, de propiciarse mutuas heridas, en aras a mostrar ante la sociedad y el juez los más mínimos errores, de ese permanente afán de construir pruebas dentro del trámite del proceso, que se va haciendo eterno, por esa manipulación a la que se somete al Juez, funcionario que por su parte se puede olvidar de dirigir o direccionar correctamente el debate, entrando a resolver asuntos ajenos al problema jurídico central.

Para el caso de la suspensión de la patria potestad, que interesante sería que el juez de familia en aras de favorecer no solo el interés actual del menor, garantizara también los derechos del padre o madre demandado(a), para que logren entender, desde el principio, cuando se fija el litigio, que en el futuro puede obtener el restablecimiento de este Derecho, que hoy se restringe, y de esta forma no entren a obstaculizar infamemente el trámite del proceso.

El mismo provecho traería para el NNA y el padre o madre demandado(a) dentro de un proceso de privación de la patria potestad, que el señor juez

conforme al planteamiento de los hechos y la causal invocada, de cara a como se ejerció el derecho de defensa y contradicción, identifique desde un principio, la no prosperidad de la acción de privación , y entre a examinar como una opción favorable el decreto de la suspensión, para entregar una solución de fondo al conflicto.

2. Es de vital importancia acelerar la resolución de estos dos litigios – custodia y cuidado personal del hijo y pérdida de la patria potestad-, que competen a la jurisdicción de familia, con el fin de evitar manipulaciones probatorias de las partes que escalonan el conflicto y la presencia del síndrome de alineación parental.

En un proceso de custodia es importante resolver prontamente el litigio, evitando al máximo la manipulación judicial, por parte de alguno de las partes en conflicto , todo para evitar el avance morboso del denominado por la psicología *Síndrome de Alineación Parental* , ocasionando daños irreversibles en la personalidad y conducta de los niños, objeto del conflicto.

La demora en decidir, sobre quien tendrá la custodia de los hijos comunes, origina inevitables traumatismos en el proceso de restitución de los NNA, para dar cumplimiento a la sentencia, cuando se han tomado , medidas provisionales equivocadas al principio del proceso, o cuando se han dejado de tomar las adecuadas medidas provisionales.

Siendo una constante, en los procesos de custodia, las recomendaciones insertas en el contenido de los informes que presentan los funcionarios especializados del ICBF , en punto a que los adultos deben fijar reglas claras sobre las pautas de crianza, y el aspecto material con el que han de contribuir, para que no sea esto una riña permanente que repercuta sobre la relación filial - parental que se desea recuperar; provechoso sería que El

juez de familia, desde el inicio del proceso , implementara un acompañamiento permanente a los padres en conflicto, para tratar al máximo el des escalonamiento del conflicto.

3. Destacar que para la efectividad de los derechos de las partes en conflicto - y en especial de los intereses prevalentes de los NNA -, el juez debe ejercer con atención y celeridad los “**poderes**” que la normatividad le ofrece, en aras de eliminar los obstáculos que se erijan para la rápida y eficiente solución del litigio, o para el cumplimiento de las providencias que se adopten dentro de los procesos de custodia y cuidado personal de NNA o de Perdida de la Patria Potestad.

Negar una pretensión de privación de la patria potestad, en la mayoría de casos desencadena múltiples conflictos, para ese NNA que debe continuar compartiendo el cuidado y custodia de sus padres , quienes vivirán en un eterno conflicto; se registran dificultades en la convivencia del NNA con sus padres, reflejadas en denuncias ante la Comisaria de Familia, Defensoría de Familia del ICBF, Fiscalía General de la Nación y los Juzgados de Familia. Luego si definimos de fondo el conflicto , decidiendo de oficio una suspensión de la patria potestad, estaríamos dando un mensaje de aplicación justa del derecho por parte del Juez de Familia, el usuario de la administración de justicia recobraría su confianza en la rama Judicial.

Promovida una demanda con el objeto de obtener la privación de los derechos de la patria potestad en cabeza de uno de los progenitores de un NNA, y no lográndose probar la causal alegada, con fundamento en el artículo 315 del C.C., pero existiendo dentro del plenario prueba suficiente que de certeza judicial sobre la configuración de una de las causales legales que permiten la suspensión de la patria potestad, al tenor del artículo 310 del C.C., puede el juez de oficio decretar la suspensión de la patria potestad, para favorecer los derechos del NNA. Aún cuando la norma

sustancial no entregue explícitamente esta facultad al funcionario judicial, bien puede motivar su decisión alegando **“donde se puede lo más se puede lo menos”**, aplicando correctamente el último inciso del art. 305 del C de P. C. y el 2º inciso del artículo 122 del CIA.

Esta decisión, la suspensión, no solo favorece el interés actual del menor, sino que garantiza los derechos del padre, quien hacia el futuro puede obtener el restablecimiento de este Derecho. Porque se debe advertir con la máxima claridad, al emitir la sentencia que la suspensión de la patria potestad, no impiden, a la madre o padre a quien se le suspende el ejercicio de la patria potestad, cumplir con sus deberes y obligaciones parentales. Igualmente no implica que, la madre o padre a quien se le suspende el ejercicio de la patria potestad, pierda su derecho a visitar y tener la compañía de sus hijos menores. Porque precisamente, para efectos de garantizar un restablecimiento de los derechos parentales, el Juez debe velar porque no se pierda, en lo posible y materialmente sano para el NNA, el contacto con su madre y padre, derechos que deben ser garantizados por el padre o la madre que se queda con la titularidad de la patria potestad y bajo su custodia se ubican los niños.

4.El interés superior del menor, no se identifica, necesariamente, con aquello que alguno de los padres, o quien tenga la custodia, pueda considerar bueno o mejor para el niño. Ese es uno de los retos de la jurisdicción de familia, hacer entender a los padres y madres en conflicto, que es lo mejor para el NNA, pero desde el punto de vista de la identificación de ese menor, de su edad, de su salud, de sus necesidades académicas y sociales, incluso desde su misma opinión.

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

La invitación final a mis colegas, y en especial a mis compañeros de judicatura, es para generar seguridad jurídica en el sentimiento del usuario de la administración judicial, para tal fin, como lo advierte mi Maestro ⁶⁷, debemos trabajar para desterrar de nuestro ejercicio laboral, la sentencia indocta, esta no es una sentencia ajustada a derecho. La propuesta es emitir sentencias suficientemente ilustradas, doctas, tanto en lo jurídico como en lo que compete a otras disciplinas, que se han tenido que considerar para estudiar y resolver el debate jurídico propuesto; de tal forma que logremos recobrar la confianza, del ciudadano común, en la administración de justicia.

⁶⁷ Dr. Antonio Bohórquez Orduz.

Claudia Yolanda Rodríguez R.

UNAB

Mayo 20 de 2011

Bibliografía

ARIAS LONDOÑO , Melba . *La conciliación en Derecho de Familia* . Editorial Legis, Bogotá D.C. 2002.

COSTA SARAIVA, João Batista ⁶⁸ : “*El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia*”, conferencia del Magistrado brasileño, presentada bajo este mismo título, en el II Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”, para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizado por el UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, y la

⁶⁸ Juez de Derecho en el estado de Rio Grande do Sul (Brasil), profesor de la Escuela Superior de la Magistratura del estado de Rio Grande do Sul y de la Universidad de Derecho de Santo Angelo, Brasil. Disertante en el tema de Derechos del Niño, autor de *Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires llevado a cabo del 22 al 26 de noviembre de 1999. (Traducido al español por María Karina Valobra.)

BOHÓRQUEZ ORDUZ, Antonio ⁶⁹, Ensayos: “*El derecho de hoy* “ y “*La Interdisciplinarietà del Derecho* “ consultables en la Revista de la Facultad de Derecho , Universidad Autónoma de Bucaramanga, Temas Socio-Jurídicos, Volumen 25, No 53 (2007) y en la página web <https://sites.google.com/site/antoniobohorquezorduz/>.

CILLERO BRUÑOL, Miguel. “*El interés superior en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*”. En: GARCIA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (Compiladores) En *Infancia, Ley y Democracia*. Editorial Temis – Ediciones Depalma. Bogotá-Buenos Aires. Segunda Edición, 1999.

Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia, Ley 1098 de 2006. Compilado y Anotado por Eunice Salazar Sarmiento. Editorial Leyer . 2010

Constitución Política de Colombia , concordada por José Gerardo Candamil Pinzon. Grupo Editorial Ibañez, actualizada mayo 2008.

Código Civil, anotado por Mauricio Duque Quiceno. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2011

CORREDOR ESPITIA, José David. *CONFLICTOS EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SU VIVENCIA EN LA PRACTICA JUDICIAL. Aspectos*

⁶⁹ Magistrado Sala Civil Familia Tribunal Superior de Bucaramanga, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, aspirante a Doctor en Derecho, Universidad Externado de Colombia.

Sustanciales, Procedimentales y Jurisprudenciales. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C., 2008.

ESCUADERO ALZATE, María Cristina .*Procedimiento de Familia y del Menor.* Aspectos sustantivos, procedimentales y prácticos. Decimoquinta edición. Edición Leyer. Bogotá D. C. Colombia. 2007

FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS , Aida ⁷⁰: *La protección jurídica del niño. El interés superior del niño en las relaciones paterno filiales,* Ponencia presentada dentro del Programa de Maestría en Derecho de Familia. Fac. Derecho. UNAB. 2009. Revista de la Facultad de Derecho , Universidad Autónoma de Bucaramanga, Temas Socio-Jurídicos, Volumen 28, No 58 (2010)

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. *La Familia , El menor y la Tercera edad en la Constitución, Fascículo 5 ,* Librería Editorial El Foro de la Justicia Ltda. Santafé de Bogotá - Colombia. 1992

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. *Relaciones entre los padres y los hijos.* Fascículo 7 , Librería Editorial El Foro de la Justicia Ltda. Santafé de Bogotá - Colombia. 1997

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo - SONIA MARTINEZ- JAIME CORDOBA TRIVIÑO- ANTONIO ALJURE SALAME – RAMIRO CORREA NEIRA – CONSUELO ACUÑA TRASLAVIÑA- MARTHA RUTH OSPINA GAITAN-FRANCISCO FONSECA MONTOYA. *Der4echo de Menores. Aspectos Civiles- Comerciales- Laborales - Internacionales y organismos de Protección.* Ediciones Rosaristas. Biblioteca Jurídica DIKE. 1995.

⁷⁰ Doctora en Derechos Humanos y desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España; Magistra en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB; Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Doctora en Diplomacia de la Universidad de la República Oriental del Uruguay.

GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Fernando ⁷¹, *Puericultura: el arte de la crianza*. Bogotá: Panamericana. 2000 Código de ubicación 649.1 / P976 . Biblioteca de la UNAB.

GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Fernando *LA AUTORIDAD EN EL CONTEXTO DE CRIANZA HUMANIZADA*, Pediatra Profesor Facultad de Medicina UPB. Boletín 19 de 2003.

LAFONT PIANETTA, Pedro . *Derecho de Familia, Derecho de Menores y de Juventud*. Régimen sustancial y procedimental. Librería Ediciones del Profesional Ltda. 2007

VALENCIA ZEA, Arturo y ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho Civil. Derecho de Familia*. Editorial Temis S.A., 7ª.edición actualizada, Santafé de Bogotá -Colombia, 1995.

Fuentes Documentales

Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 12 de 1991, a través de la cual Colombia aprueba la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

DÍAZ GORDON, Patricia ⁷², Ponencia titulada “*AVANCES EN PSICOLOGIA FAMILIAR*”, presentada dentro de la Maestría en Derecho de Familia, UNAB, año 2010.

⁷¹ Pediatra Profesor Facultad de Medicina UPB. Boletín 19 de 2003.

⁷² Psicóloga egresada de la Universidad del Norte, (Uninorte). Especialista en Pedagogía para el aprendizaje de la Enseñanza de las matemáticas y la lecto-escritura, Convenio Universidad Externado de Colombia-UNAB. Magistra en Educación, convenio Universidad Pontificia Javeriana-UNAB. Docente del Programa de Psicología de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro activo de las Redes Nacionales de Laboratorios y de Investigadores de Psicología.

Revista No. 6 de la Consejería Presidencial para la Política Social. *Violencia Intrafamiliar. Patrones de Crianza y maltrato infantil.* Política Nacional de Construcción de Paz y Convivencia Familiar. República de Colombia.

TEJEDOR HUERTA, María Asunción. Psicóloga, ensayo: *ACTORES PROTAGONISTAS DEL SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL*, publicado en la página web: psicologiajuridica.org/psj245.html.

Providencias Emitidas por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena :

Sentencia tutela 1ª instancia # 50 del 11 de septiembre de 2009. Acción de tutela, radicación # 2009-221-33 (2009- 451-00). Accionante: MARIA CONSUELO GUARIN PLATA. : Entidad accionada: JUZGADO 1° DE FAMILIA DE CARTAGENA. Sentencia confirmada por la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia del 26 de octubre de 2009, expediente 13001-22-13-000-2009-00221-01, M.P. Dra. RUTH MARINA DIAZ RUEDA.

Sentencia de 2ª instancia No. 43, emitida en audiencia del 2 de septiembre de 2009, dentro del proceso de PRIVACION DE LA PATRIA POTESTAD.DEMANDANTE: RUBY CANTILLO JIMENEZ.DEMANDADO: WILLIAM JIMENEZ OSORIO.RAD. Tribunal 2008- 391-03. Proveniente del JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE CARTAGENA .RAD. 2007 -0163-00.

Sentencia de segunda instancia, No. 68, emitida en audiencia del 7 de diciembre de 2010, por la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, radicación No. 2010- 434-03, dentro del proceso de privación de la patria potestad que promovió Álvaro Salvadores de la Espriella contra Arlette Patricia Romero Núñez, proveniente del Juzgado 7º de Familia de Cartagena, radicación 2009 -000484-02.

Recursos de Internet

Rama Judicial de Colombia http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/index.html
para ubicar sentencias de la Corte Constitucional Colombiana y Corte Suprema de Justicia.

Secretaría del Senado. República de Colombia www.secretariassenado.gov.co,
ubicación de normatividad actualizada.

UNICEF www.unicef.org.

FINALIZA ENSAYO ELABORADO EN 73 FOLIOS UTILES POR CLAUDIA YOLANDA RODRIGUEZ RODRÍGUEZ ABRIL DE 2011. MAESTRIA EN DERECHO DE FAMILIA - UNAB. SUSTENTADO EN MAYO 20 DE 2011.