

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Magistrada Ponente: CLAUDIA XIMENA ARDILA PÉREZ

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Bucaramanga, veintiséis (26) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

CLASE DE PROCESO	DE	ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE		M.J.G.G. ¹
ACCIONADOS		1. DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL ² 2. POLICÍA METROPOLITANA DEL VALLE DE ABURRÁ ³ 3. POLICÍA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA ⁴
VINCULADOS		1. ICBF - DEFENSORÍA DE FAMILIA DE BUCARAMANGA ⁵ 2. B.A.G., en calidad de padre de M.J.G.G
RADICADO Y LINK EXPEDIENTE		<u>680013333014-2023-00278-01</u>
TEMAS		Denegación de solicitud de traslado de policía sin evaluar las condiciones particulares del núcleo monoparental que conforma con su hija de 7 años, quien alega ruptura con su familia multiespecie y desarraigo por inminente traslado al lugar donde actualmente labora su progenitor / Los derechos fundamentales como límite a la discrecionalidad de la administración / Juicio de proporcionalidad y principio de necesidad / Acciones de diferenciación positiva en favor de familias monoparentales / Derecho a la unidad familiar multiespecie / Derecho al arraigo

Se deciden las **IMPUGNACIONES** presentadas por M.J.G.G y la Dirección General de la Policía Nacional contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2023 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, remitida al despacho ponente el 28 de noviembre de 2023, según se observa en el expediente digital cargado en el sistema de gestión judicial SAMAI⁶.

I. ANTECEDENTES

A. La demanda⁷

1. Pretensiones

La accionante M.J.G.G solicita que se amparen sus derechos fundamentales a la unidad familiar multiespecie, igualdad, salud, vida digna y educación, y, en consecuencia, se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional trasladar a su padre al departamento de Santander o concederle un permiso para que este pueda visitarla con mayor frecuencia.

¹ Se omite la identificación de la accionante y su familia, con el fin de proteger su derecho fundamental a la intimidad y en cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 15 de la Constitución Política, 24.3 del CPACA y 18, literal a), de la Ley 1581 de 2012

² desan.notificacion@policia.gov.co; notificacion.tutelas@policia.gov.co

³ meval.asjur@policia.gov.co; Arnulfo.novoa@correo.policia.gov.co

⁴ mebuc.asjur@policia.gov.co; mebuc.asjur-tut@policia.gov.co

⁵ notificaciones.judiciales@icbf.gov.co

⁶ Expediente digital SAMAI. Índice 3. Documento 2 CONSTANCIASECRETARIAL_ACTAREPARTOIMPTU.pdf. Se deja constancia de que la magistrada ponente de la presente providencia, durante el período comprendido entre el reparto de la presente acción de tutela y la presentación del proyecto, tuvo a cargo: 15 acciones de tutela, 2 pérdidas de investidura, 27 acciones electorales y 29 acciones populares, todas con trámite preferente. Además, una carga ordinaria de 628 procesos.

⁷ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento Expediente digital ZIP.

2. Hechos

La niña accionante señala que tiene 7 años de edad y que vive en una finca ubicada en la zona rural del municipio de Lebrija, Santander, donde crece, se desarrolla y estudia en un entorno campesino.

Indica que su familia se encuentra conformada por su padre, su abuela paterna y sus animales de compañía, a los que identifica con sus nombres, edades y circunstancias particulares por las cuales considera que «hacen parte de [su] vida y hoy son [su] familia», esto es, dos perros de raza criolla, de nombres Niña y Susi; un gato llamado Michi; un grupo de patos, entre ellos, uno que responde al nombre Nanapato; y cinco gallinas a quienes llama Mili, Pio Pio, Nana Gallina, la Colorada y Magi.

Refiere que su progenitor es policía y que desde inicios del año 2023 fue trasladado a la ciudad de Medellín, por lo que no convive con ella ni la visita con frecuencia, lo cual le ha causado una profunda tristeza, preocupación, pesadillas, falta de apetito y desconcentración. Por esta razón, agrega, debe asistir a terapias psicológicas.

Afirma que la entidad accionada se niega a trasladar a su padre o a otorgarle permisos para visitarla mensualmente, por lo que él está estudiando la posibilidad de llevarla a Medellín, ciudad donde, según la Policía Nacional y jueces anteriores, tendría las mismas garantías que le ofrece Lebrija. Sin embargo, se opone a esta alternativa, ya que, según dice, implicaría una ruptura con el entorno rural donde vive y estudia, y con su familia multiespecie.

B. Informes de las autoridades accionadas

1. La Policía Metropolitana del Valle de Aburrá⁸ se opone a las pretensiones. Afirma que los traslados de los uniformados deben ser valorados por el Comité de Gestión Humana y Cultural. Agrega que, según el artículo 6 de la Resolución No 06665 de 2018, para que proceda el traslado especial de un miembro de la institución es necesario cumplir con los siguientes requisitos: (i) realizar la solicitud a través del Portal de Servicio Interno (PSI), anexando los soportes del caso especial; (ii) visita socio familiar, la cual es coordinada por el Grupo de Talento Humano de la Unidad, (iii) si el interesado solicita el traslado a una unidad donde ya laboró, el Grupo de Talento Humano debe pedir concepto de viabilidad a la unidad de destino, y (iv) copia del Acta del Comité de Gestión Humana y Cultural, el cual es convocado por el Grupo de Talento Humano de cada unidad donde se haya emitido el concepto de viabilidad para el trámite del traslado ante la Dirección de Talento Humano, con el fin de ser evaluado por un comité interdisciplinario.

Menciona que, de acuerdo con la Resolución 1572 de 2023, los miembros de la Institución pueden acceder a un horario flexible cuando son padres o madres cabeza de familia y/o cuando tienen hijos de hasta 7 años. Añade que la unidad policial del Valle de Aburrá cuenta con un sistema de viviendas fiscales a las que puede acceder el progenitor de la accionante y con ello disminuir gastos.

Considera que la acción de tutela no puede remplazar el trámite administrativo que debe adelantar el padre de la menor accionante para obtener su traslado, por lo que el mecanismo constitucional se torna improcedente. También advierte que en el presente asunto existe temeridad, ya que el padre de la niña, en representación de esta, presentó otra acción de tutela con idénticas pretensiones, entre ellas, ser trasladado a la Policía Metropolitana de Bucaramanga, oportunidad en la cual se negó la acción por improcedente.

⁸ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 21 del zip.

Advierte que a la niña M.J.G.G no le asiste legitimación en la causa por activa, pues al tener 7 años no tiene capacidad para comparecer por sí misma a este tipo de escenarios judiciales, lo cual evidencia que la acción fue impetrada por una persona diferente.

2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁹ afirma que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante, pues los hechos presuntamente arbitrarios están relacionados con el traslado de su padre a otra unidad policial, asunto en el cual no tiene competencia; por tanto, solicita que se declare su falta de legitimación en la causa por pasiva.

3. El señor B.A.G.¹⁰, padre de la accionante, expresa que lleva más de 15 años trabajando como policía en diferentes zonas del país, y que al iniciar su carrera era consciente de la actividad que debía ejercer, lo cual se evidencia en las 16 condecoraciones y 80 felicitaciones que ha recibido.

Informa que desde el 22 de enero de 2021 tiene la custodia de su hija M.J.G.G, no obstante, debido al traslado de unidad, su señora madre, R.O.N, es quien vela por su cuidado.

Agrega que en el año 2021 fue trasladado al departamento de Norte de Santander, sin embargo, en sentencia de tutela se ordenó restablecer su derecho a la unidad familiar, razón por la cual fue reubicado en el área metropolitana de Bucaramanga.

Añade que a principios del año 2023 fue trasladado a la ciudad de Medellín, donde cumple su labor bajo el modelo de vigilancia por cuadrantes, y, por ende, los turnos de servicio no le permiten visitar a su hija. Refiere que, si bien podría llevarla a su lugar de trabajo, esto la separaría de su familia multiespecie, causándole un perjuicio irremediable en su salud. Advierte que actualmente la menor recibe tratamiento psicológico por trastornos emocionales y del desarrollo motivados por la distancia.

Finalmente, alega que le solicitó a la Policía un permiso para laborar 30 días y descansar 5, con el fin de visitar a su familia en Lebrija, no obstante, la entidad se niega a concederlo.

4. La Policía Metropolitana de Bucaramanga¹¹ aduce que no tiene competencia para trasladar a los miembros activos a otras unidades policiales, porque esto corresponde a la Dirección de Talento Humano. Refiere que, sin perjuicio de lo anterior, los policías son trasladados a otras unidades policiales, de acuerdo con las necesidades del servicio relacionadas con la seguridad y la convivencia ciudadana, tal como ocurrió en el caso del padre de la accionante, a quien mediante Orden Administrativa de Personal No. 23-060 del 1 de marzo de 2023 se le trasladó a la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá.

Considera que el actor debe agotar previamente los trámites administrativos para ser trasladado y agrega que conceder el amparo en este caso implicaría que en la institución ningún uniformado puede tener arraigo familiar.

5. La Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional¹² precisa que el padre de M.J.G.G. presentó con anterioridad 2 acciones de tutela que fueron negadas por improcedentes.

Manifiesta que la Policía Metropolitana de Bucaramanga, de acuerdo con las necesidades del servicio, solicitó el traslado del señor B.A.G. a otra unidad, razón por la cual, mediante la OAP 23-060 del 1 de marzo de 2023 ordenó su incorporación en la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá con derecho a una prima de instalación.

⁹ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 13 del zip.

¹⁰ Ib. Documentos 24,26 y 31 del zip.

¹¹ Ib. Documento 29 del zip.

¹² Samai, documento: [1_ED_68001333301420230027\(.zip\) NroActua 3](#). 014SentenciaPrimeraInstancia.pdf

Destaca que el señor B.A.G. permaneció 11 años, 6 meses y 4 días en la Policía Metropolitana de Bucaramanga y que en la actual unidad lleva 1 año, 2 meses y 21 días, sin ningún tipo de novedad. Explica que la ubicación del personal uniformado depende de las necesidades del servicio y del tiempo que cada uno lleva en una determinada unidad policial. La observancia de este último criterio, dice, tiene la finalidad de oxigenar y renovar el personal en sitios complejos, garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de condiciones en todo el territorio nacional. Enfatiza que el padre de la accionante tiene la posibilidad de trasladarse con ella al lugar donde fue ubicado, el cual cuenta con centros de salud, recreación y bienestar social, además de otros beneficios para garantizar la unidad familiar, entre ellos, el horario flexible.

C. Sentencia de primera instancia¹³

Mediante providencia del 21 de noviembre de 2023, el Juzgado Catorce Administrativo de Bucaramanga resolvió:

«**PRIMERO: AMPÁRENSE** los derechos a la unidad familiar, la salud y los derechos de los niños de la menor accionante M.J.G.G., de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDÉNESE a la **POLICÍA NACIONAL** que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta decisión, a través de la Dirección de Talento Humano o de quien institucionalmente sea competente, proceda a adelantar trámite de estudio de traslado por caso especial respecto del Subintendente B.A.G., para cualquier comando o unidad de policía dentro del Departamento de Santander, cercano al municipio de Lebrija, teniendo en cuenta para tal efecto las condiciones particulares del núcleo monoparental que conforma con la tutelante M.J.G.G., así como la prevalencia de los derechos fundamentales e intereses de la menor, tomando la decisión más favorable a su bienestar general. La decisión que se adopte deberá ser motivada y comunicada en debida forma al uniformado.

TERCERO: En caso de que el estudio de traslado por caso especial respecto del Subintendente B.A.G. culmine con decisión negativa, la **POLICÍA NACIONAL**, a través de la Dirección de Talento Humano o de quien institucionalmente sea competente, deberá informar de manera clara y detallada al Subintendente B.A.G. sobre los beneficios y alternativas con los que la institución le puede apoyar para garantizar el traslado de su núcleo familiar al Valle de Aburrá o para permitir su desplazamiento periódico a su lugar de residencia en el municipio de Lebrija.

CUARTO: ORDÉNESE al señor **B.A.G.** que proceda a garantizar que su menor hija M.J.G.G. sea nuevamente valorada y asista a las citas de SEGUIMIENTO PSICOTERAPEUTICO POR PSICOLOGÍA CLÍNICA en la frecuencia que le sean ordenadas».

Como fundamento de su decisión, la jueza de primera instancia argumentó que el traslado discrecional del Subintendente B.A.G., sin tener en cuenta sus condiciones familiares particulares, afectó los derechos a la unidad familiar y salud mental de su hija M.J.G.G., quien presenta pérdida del apetito y bajo rendimiento escolar por la ruptura familiar experimentada. Destacó que la familia del Subintendente es monoparental, como quiera que está compuesta por su progenitora y su hija de 7 años, quienes se encuentran arraigadas a una zona rural del municipio del Lebrija, situación que desconoció la Policía Nacional al momento de ordenar el traslado.

En su criterio, el hecho de que se le plantee a una niña de siete años que deba abandonar la zona rural donde vive con su abuela cuidadora y su familia multiespecie, como única posibilidad para mantener la unión familiar con su padre, desconoce de tajo la prevalencia del interés superior de la menor, que impone el deber de las autoridades de abstenerse de adoptar decisiones que afecten o amenacen los derechos de los niños y niñas.

Refirió que dada la discrecionalidad que tiene la Policía Nacional de trasladar a sus agentes, nada garantiza que después de someter a la menor y a su abuela al desarraigo del lugar donde actualmente residen, con todas las consecuencias físicas, económicas y

¹³ Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 45 del zip.

emocionales que ello conlleva, el Subintendente B.A.G. no sea nuevamente trasladado a otro lugar del territorio nacional.

D. La impugnación

1. La **accionante**¹⁴ solicita que se modifique el fallo de primera instancia y, en su lugar, se ordene el traslado de su padre al municipio de Bucaramanga o a un lugar cercano. Señala que el 23 de noviembre de 2023 la Policía Nacional decidió que su progenitor debía seguir trabajando en la ciudad de Medellín y que podía visitarla 6 días después de laborar 30, con lo cual no está conforme, pues su padre solo estaría 72 días del año a su lado y 293 lejos.

Estima que no es la necesidad del servicio lo que motiva la decisión de la entidad. Refiere que, pasados 6 meses desde el traslado, su progenitor le ha solicitado en diversas oportunidades el retorno a Bucaramanga o permisos especiales para visitarla con frecuencia, sin embargo, la entidad se niega de manera caprichosa.

Considera que no se apreciaron las reglas establecidas para el traslado de servidores públicos y la protección de la familia multiespecie. Anexa una carta escrita con su letra en la que expresa el sentimiento de rechazo que le produce el hecho de tener que vivir en un apartamento en Medellín, lejos de su entorno actual.

Dice que sus progenitores se fueron de casa, y que la salud de su abuela, quien ha permanecido toda su vida en el campo, ha desmejorado, de manera que vivir en esta zona, donde se desarrolla más actividad física que en la ciudad, puede contribuir a su bienestar cardiovascular y muscular.

Finalmente, cita en su apoyo una decisión adoptada por este Tribunal en el año 2022, en la cual se protegieron los derechos fundamentales de un policía y su familia monoparental, al demostrarse que el traslado generaba la ruptura total de sus vínculos familiares.

2. La **Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional**¹⁵ solicita revocar el fallo de primera instancia. Argumenta que los uniformados, desde su ingreso voluntario, se someten a una relación de especial sujeción para cumplir con las necesidades del servicio. Refiere que esta relación comporta unas características especiales como: la disponibilidad permanente para el servicio, incluso después de la jornada laboral; la limitación de derechos y el cumplimiento de un catálogo de normas más amplio, extenso y riguroso, respecto de otros servidores públicos. Indica que tales cargas son proporcionales a los beneficios exclusivos que reciben, como la asignación de retiro con 20 o 25 años de servicio y la atención en salud en las mejores clínicas del territorio nacional.

Afirma que en este caso no existe una ruptura de la unidad familiar, pues el padre de la accionante puede seguir cumpliendo con sus obligaciones, mediante visitas, comunicaciones y llamadas telefónicas.

Enfatiza que existen muchos hombres y mujeres policías cabeza de hogar, que se encuentran en las mismas condiciones del padre de la actora y cumplen con la prestación del servicio en otros lugares del país, sin que ello menoscabe su derecho a la unidad familiar. Insiste en que todos los miembros, en cualquier grado de mando, deben estar en disposición de trasladarse, a fin de cumplir con la misión constitucional, y así lo conocía el subintendente desde su ingreso voluntario.

Refiere que el traslado del señor B.A.G. cumple con los supuestos que fijó la Corte Constitucional en la sentencia T-252 de 2021 para que no pueda calificarse como arbitrario

¹⁴ Expediente digital SAMAJ. Índice 4 . Documento 49 del zip.

¹⁵ Ibd. Documento 50 del zip.

ni violatorio de derechos fundamentales, a saber: (i) se encuentra fundado en la ley, (ii) se justifica en las necesidades del servicio y (iii) no desmejora las condiciones del empleado.

Sobre la necesidad del servicio, añade que la Unidad de Policía Metropolitana de Bucaramanga solicitó el traslado del subintendente, por lo que fue ubicado en el Valle de Aburrá, zona donde existe un déficit de personal, puesto que solo hay 191 policías por cada 100.000 habitantes cuando se debería contar con 300.

Reitera que el padre de la accionante ya había acudido a dos acciones constitucionales para obtener la protección del derecho a la unidad familiar, las cuales fueron negadas por improcedentes.

Por último, señala que el uniformado puede acudir a los procedimientos internos para someter su situación a consideración del Comité de Gestión Humana, así como demandar los actos administrativos que lo afectan, motivo adicional para considerar improcedente el mecanismo constitucional.

II. CONSIDERACIONES

A. Acerca de la Competencia

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la sentencia de tutela de primera instancia, según lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y las reglas de reparto contenidas en el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 del 2015 Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho modificado por los Decretos 1983 de 2017 y 333 de 2021.

B. Los problemas jurídicos y su resolución

De acuerdo con la reseña que antecede, y en particular, teniendo en consideración los reparos formulados por las partes contra la sentencia de primera instancia, la Sala procede a estudiar y resolver tres problemas jurídicos. El primero, relacionado con la figura de la temeridad; el segundo, con la procedencia de la acción de tutela; y el tercero, con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de la menor M.J.G.G.

PJ1. ¿La niña M.J.G.G actuó con temeridad al solicitar, para la protección de sus derechos fundamentales, el traslado laboral de su padre a una ciudad cercana a su residencia rural, o la flexibilización del horario de trabajo para que pueda visitarla con frecuencia?

Tesis: no

Fundamento jurídico: Para que se configure la temeridad, debe haber operado la cosa juzgada, lo que no ocurre en este caso.

La temeridad se configura por «la interposición de tutelas idénticas, sin motivo expresamente justificado, contrariando el principio de buena fe previsto en el artículo 83 de la Constitución Política»¹⁶. El primer presupuesto de la temeridad es la configuración de la cosa juzgada¹⁷, lo que ocurre cuando se interpone una acción de tutela para discutir un asunto que ya fue decidido de fondo por otro juez constitucional y se dan las siguientes condiciones: (i) se adelanta con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia que resolvió el asunto de fondo; (ii) guarda identidad de partes; (iii) presenta identidad de objeto, porque la acción gira entorno a satisfacer la misma pretensión del caso anterior; y (iv) configura identidad de causa, es decir, se exponen idénticos hechos o elementos, por lo cual la demanda no varía. Por el contrario, no se configura este fenómeno, aunque exista

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-001 de 2016

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-089 de 2019

identidad de partes, cuando la acción se fundamenta en hechos nuevos o con ella se procura un objeto diferente¹⁸.

Una vez se concluye que sobre un mismo asunto ya se ha proferido una decisión de fondo, se debe estudiar el segundo presupuesto de la temeridad, esto es, que el peticionario del amparo constitucional haya actuado de manera injustificada, irracional o dolosa¹⁹.

Descendiendo al caso concreto, se tiene que la accionante es una menor de 7 años que acude de manera directa al juez de tutela, con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la unidad familiar multiespecie, igualdad, salud, vida digna y educación, y, en consecuencia, se ordene a la Dirección General de la Policía Nacional trasladar a su padre al departamento de Santander o concederle un permiso para poder visitarla con mayor frecuencia.

La niña considera que la alternativa ofrecida por la entidad accionada y por su propio padre, esto es, su traslado a la ciudad de Medellín donde este labora desde hace casi un año, representa para ella una ruptura con el entorno rural donde vive y con su familia multiespecie.

Aunque es cierto que el padre de la menor, en nombre propio y de ella, interpuso una acción de tutela con anterioridad, para que se dejara sin efectos su traslado laboral, algunos hechos y pretensiones que plantea la niña son distintos, lo que hace que no se configure la cosa juzgada ni la temeridad. Las diferencias se muestran en el siguiente cuadro:

Radicado	2023-00278 (objeto de este proceso)	2023-00075 (decidida de fondo)
Despacho de conocimiento	Primera instancia, en el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga. La segunda instancia se decide en la presente providencia, por este Tribunal.	En primera instancia, por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bucaramanga. En segunda instancia, el Tribunal Superior de Bucaramanga. Sala de decisión penal. Magistrada ponente Dra. Shirle Eugenia Mercado Lora.
Derechos vulnerados	La <u>unidad familiar multiespecie</u> , igualdad, salud, vida digna y educación	Trabajo, igualdad, unidad familiar, vida, salud y educación.
Pretensiones	i) se ordene el traslado del señor B.A.G. al Departamento de Policía de Santander o a la Policía Metropolitana de Bucaramanga. ii) <u>se ordene a la policía concederle a su padre un permiso para que la visite con mayor frecuencia.</u>	i) <u>se deje sin efectos la OAP No. 23-060 del 1 de marzo de 2023</u> en la que se ordenó su reubicación laboral en la Policía Metropolitana del Valle de Aburrá. ii) Se ordene a las accionadas realizar las gestiones administrativas necesarias para prestar sus servicios policiales en la ciudad de Bucaramanga o en una unidad aledaña al municipio de Lebrija.
Hechos	En resumen, la accionante expone los siguientes: - Que vive en el municipio de Lebrija con su abuela y con su familia multiespecie: dos perros, un gato, un grupo de patos y cinco gallinas. - Que su padre, el señor B.A.G., fue trasladado en el año 2021 a la ciudad de Cúcuta para cumplir con su labor como policía, no obstante, debido a un fallo de tutela fue reubicado en Bucaramanga. -Que en el año 2023 la Policía trasladó al señor B.A.G. a la ciudad de Medellín, por lo que vive con su abuela en una finca. Refiere que está triste porque extraña a su padre, razón por la cual debe asistir a terapias psicológicas, sin embargo, aclara que no es su deseo trasladarse a Medellín porque tendría que separarse de su familia multiespecie y del entorno natural donde tiene arraigo.	En resumen, se manifestaron los siguientes: -Que desde hace más de 15 años está vinculado a la Policía Nacional. -Que pese a ser padre cabeza de familia, en el año 2021 fue trasladado a Cúcuta debido a la necesidad del servicio, no obstante, un juez de tutela ordenó reubicarlo en Bucaramanga. -Que mediante la OAP No. 23-060 del 1 de marzo de 2023 se ordenó su traslado a la ciudad de Medellín, lo que afectó su núcleo familiar y en especial a su hija, quien asiste a citas con psicología. Asimismo, que el acta No. 251 del Subco-Gutah del 4 de agosto de 2023 desconoce sus

¹⁸ Corte Constitucional, sentencias T-019 de 2016, T-298 de 2018, T-190 de 2020 y T-023 de 2022.

¹⁹ Corte Constitucional, sentencias T-185 de 2013, T-069 de 2015, T-272 de 2019 y T-250 de 2021

	-Que su progenitor <u>ha solicitado a la Policía el retorno a Santander o permiso para estar cerca de ella</u> , pero, la entidad se niega a conceder sus peticiones..	derechos a la estabilidad familiar y mínimo vital.
Decisión judicial²⁰	Primera instancia: ordenó a la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional estudiar el traslado por caso especial del Subintendente B.A.G., para cualquier comando o unidad de policía dentro del Departamento de Santander, cercano al municipio de Lebrija, teniendo en cuenta las condiciones particulares de su núcleo familiar, así como la prevalencia de los derechos fundamentales e intereses de la menor, entre otras órdenes. Segunda instancia: se decide en la presente providencia.	Primera instancia negó por improcedente la acción. La segunda instancia confirmó la decisión.

Como se observa, no existe identidad de objeto entre las dos acciones de tutela, porque en esta oportunidad la niña M.J.G.G solicita el amparo de su derecho a la unidad familiar multiespecie y aunque no lo diga explícitamente también su derecho a la dignidad humana en sus facetas de libertad y autonomía, expresados en este caso como la posibilidad de crecer y educarse en un entorno rural, en condiciones materiales muy distintas a las de una ciudad, y rodeada de los animales que considera su familia. Estas garantías las ve amenazadas por la imposición forzada de condiciones de vida sustancialmente distintas a las que durante sus 7 años ha experimentado y desea conservar, en los términos que explica en su escrito de tutela.

Además, en este caso no sólo se discute el traslado a Medellín del señor B.A.G., ordenado hace casi un año, el 1º de marzo de 2023. La pretensión de la menor, entiende la Sala, es que se acceda a la solicitud que ha hecho su padre para retornar a una ciudad cercana a su residencia rural. Subsidiariamente, pide que se flexibilice el horario laboral de su progenitor, para que este pueda visitarla con frecuencia. Estas pretensiones no fueron estudiadas en el anterior proceso.

A su vez, la presente acción de tutela plantea nuevos hechos relacionados con las consecuencias del traslado, esto es, la decisión del padre de la niña de alejarla de sus actuales condiciones de vida y los sentimientos de angustia que le genera esta alternativa.

En conclusión, no hay lugar a declarar la cosa juzgada ni a considerar que la niña M.J.G.G. actuó con temeridad, porque las pretensiones y los hechos de la acción que interpuso no son idénticos a los que formuló su padre en la acción de tutela 2023-00075-00.

PJ2. ¿Es procedente la acción de tutela presentada por una niña de 7 años de edad, para que el juez constitucional estudie, como salvaguarda de sus derechos fundamentales, la posibilidad de ordenarle a la Policía Nacional el traslado de su padre a un lugar cercano a su residencia rural?

Tesis: si

Fundamento jurídico: No existe una acción judicial ordinaria para que una menor de edad pueda reclamar directamente la defensa de sus derechos fundamentales, ante una situación de desarraigo y ruptura familiar ocasionada por el traslado de su progenitor. Por tanto, la acción de tutela procede como mecanismo principal.

El art. 6 del Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela es improcedente cuando existen otros medios judiciales de defensa. Como lo ha sostenido la jurisprudencia, la mera existencia de un proceso judicial para discutir un determinado asunto no es suficiente para establecer la improcedencia de la acción de tutela. Es necesario que dicho mecanismo sea idóneo y eficaz según las circunstancias del caso que se estudia²¹. La jurisprudencia también sostiene que el requisito de subsidiariedad se

²⁰ Exp. Onedrive remitido por el juzgado Doce: 13 FalloPrimeraInstancia.pdf

²¹ Corte Constitucional, sentencias T-436 de 2005, T-108 de 2007 y T-471 de 2017, entre otras.

debe flexibilizar cuando la acción de tutela es promovida por sujetos de especial protección constitucional²², como son los niños, niñas y adolescentes.

La decisión de traslado de un policía es un asunto sometido al control del juez administrativo, a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho²³, sin embargo, este medio judicial ordinario carece de idoneidad y eficacia para estudiar las pretensiones y los hechos planteados por la accionante M.J.G.G., debido a tres razones:

(i) A diferencia de la legitimación que le asiste a la menor para actuar en el presente proceso²⁴, el aludido medio de control no puede ser ejercido directamente por la accionante, dado que, al contar con 7 años de edad, no tiene capacidad para disponer de sus derechos ni comparecer por sí misma al proceso ni otorgar poder a un abogado²⁵.

(ii) Los requisitos formales y de procedibilidad de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho²⁶ distan de la informalidad que caracteriza la acción de tutela. En criterio de la Sala, resultaría una carga desproporcionada someter a una niña de 7 años de edad, quien ejerce directamente la defensa de sus derechos, a las exigencias previstas en los arts. 160 y s.s. del CPACA, entre ellas, el agotamiento del trámite de conciliación prejudicial, la individualización de los actos acusados, la indicación de las normas infringidas, las causales de nulidad, las pruebas que pretende hacer valer, etc.

(iii) La etapa previa de conciliación prejudicial y las etapas del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, sumadas a la congestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo²⁷, no garantizan una respuesta oportuna para la protección de los derechos fundamentales de la niña M.J.G.G., mientras que la acción de tutela sí cuenta con un trámite célere y con términos perentorios. Se debe agregar que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos exige un juicio preliminar en el que se concluya la ilegalidad planteada en la demanda con el mero cotejo entre dichos actos, las normas y las pruebas²⁸. Esto no suele ocurrir cuando se invocan derechos fundamentales innominados presuntamente vulnerados por decisiones discrecionales fundamentadas en razones del servicio.

Por lo tanto, la Sala considera que se dan los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo definitivo, comoquiera que no existe un medio judicial de defensa idóneo y oportuno que le permita a la menor M.J.G.G. acceder a la administración de justicia en defensa directa de sus derechos fundamentales.

Si se quiere ahondar en razones, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de este mecanismo constitucional para dejar sin efectos un traslado laboral cuando (i) las razones del traslado son ostensiblemente arbitrarias, concretamente cuando no se tiene en cuenta la situación particular del trabajador y su familia; y (ii) el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante o su

²² Corte Constitucional, sentencias T-789 de 2003, T-456 de 2004, T-328 de 2011 y T-471 de 2017, entre otras.

²³ «ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior...».

²⁴ En torno a la legitimación de los niños, niñas y adolescentes para presentar una acción de tutela, aún en contra de la voluntad de sus padres o tutores, se pueden analizar las sentencias de la Corte Constitucional T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-1220 de 2023, entre otras. También: Fernández P, Sergio; Malagón P, Lina, «Legitimación en la causa por activa», obra colectiva Garantías Judiciales de la Constitución, Vol. V, Acción de Tutela, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2023, pp. 42 a 44.

²⁵ «ARTÍCULO 54. COMPARECENCIA AL PROCESO. Las personas que puedan disponer de sus derechos tienen capacidad para comparecer por sí mismas al proceso. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes o debidamente autorizadas por estos con sujeción a las normas sustanciales».

²⁶ Arts. 160 a 165 del CPACA.

²⁷ Así lo evidencian los inventarios de los despachos judiciales, y sus ingresos y egresos trimestrales, reportados en el SIERJU. La congestión judicial como hecho relevante para analizar la eficacia de los medios de control de esta Jurisdicción, de cara a la procedencia de la acción de tutela, fue recientemente analizado por el profesor Andrés F. Ospina en «La acción de tutela: un medio de control de la actividad administrativa. El caso de la tutela contra actos administrativos», Garantías Judiciales de la Constitución (obra colectiva), Vol. V, Acción de Tutela, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2023, p. 161.

²⁸ «ARTÍCULO 231. Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud...».

núcleo familiar.²⁹ Estos presupuestos se satisfacen en el presente caso, como se expondrá más adelante.

Analizadas las dos cuestiones previas que planteaba la impugnación de la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, la Sala pasa a pronunciarse sobre el asunto de fondo, para lo cual se pregunta:

PJ3. ¿Una entidad pública vulnera los derechos fundamentales de una niña de 7 años de edad al disponer el traslado laboral de su padre por razones del servicio, sin evaluar previamente las condiciones particulares del núcleo monoparental que conforman, así como la dicotomía en la que coloca a la menor al tener que permanecer separada de su progenitor o enfrentar la ruptura con su entorno rural y sus animales, a los que, también, considera parte de su familia?

Tesis: Si.

Fundamento jurídico: El traslado de un empleado público, aunque es una decisión discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma habilitante, y proporcional a los hechos que le sirven de causa, so pena de vulnerar los derechos fundamentales que se restringen con tal decisión.

En este caso, aunque la decisión de la Policía Nacional de trasladar a uno de sus miembros es adecuada a los fines de la norma habilitante, no es proporcional, porque no pondera, a partir de las condiciones particulares del caso, el principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana en sus facetas de autonomía y libertad, a la unidad familiar humana y multiespecie, y al arraigo. Concretamente, no estudia las alternativas con las que cuenta la entidad para no restringir de manera grave e intensa los mencionados derechos, entre ellas, el traslado de otros policías que no se encuentren en igual o peor situación de vulnerabilidad.

Para sustentar la tesis planteada, la Sala abordará el estudio del concepto de proporcionalidad de las decisiones discrecionales de la administración y sus implicaciones cuando se restringen derechos fundamentales. Seguidamente, examinará los criterios establecidos por la jurisprudencia constitucional para determinar si un traslado laboral constituye una vulneración de estos derechos. Luego, analizará el contenido y alcance de los principios constitucionales y derechos fundamentales en colisión. Por último, con base en las pruebas válidamente recaudadas, demostrará la vulneración de los derechos de la menor M.J.G.G. por parte de la Policía Nacional, al haber rechazado la solicitud de traslado de su padre sin una adecuada ponderación de los derechos restringidos.

C. Marco jurídico

1. La proporcionalidad de las decisiones discrecionales de la administración que restringen derechos fundamentales

El artículo 44 del CPACA dispone que «[e]n la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y **proporcional a los hechos que le sirven de causa**».

Esta norma introduce el concepto de proporcionalidad de los actos administrativos, como un «instrumento de control de la arbitrariedad de la administración»³⁰. Aunque la

²⁹ Sentencias T-338 de 2013 y T-175 de 2016.

³⁰ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, p. 295. En sentencia T-015 de 1994, la Corte Constitucional reconoció que «El concepto de proporcionalidad aparece desarrollado en el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo», hoy 44 del CPACA. De acuerdo con la Corte, «La razón jurídica de la razonabilidad y de la proporcionalidad no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.» Tal como lo expuso el alto tribunal en esa oportunidad, «Lo discrecional se halla o debe hallarse cubierto de motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una calidad que lo haga inatacable, mientras que

discrecionalidad administrativa³¹ se encuentra plenamente justificada en el marco del Estado Social de Derecho³², esto no autoriza a las autoridades para adoptar decisiones arbitrarias, como lo son aquellas que, apelando al interés general, afectan desproporcionadamente los derechos fundamentales³³.

La doctrina sostiene que las decisiones discrecionales deben estar sometidas, so pena de considerarse arbitrarias, a un juicio de ponderación de intereses³⁴, a partir del cual se establecen los criterios objetivos -aún de contenido extrajurídico- en los cuales se basa la decisión encaminada a satisfacer el interés público³⁵. Cuando este tipo de decisiones restringen derechos fundamentales³⁶, las autoridades están obligadas a realizar un juicio de ponderación que permita determinar la proporcionalidad de tal restricción³⁷. No basta que estén justificadas en la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo³⁸.

Esta exigencia obedece a que los derechos fundamentales están consagrados en normas jurídicas de jerarquía constitucional que inciden en la determinación de los contenidos del sistema jurídico³⁹ y constituyen límites al poder estatal⁴⁰.

Al respecto, la doctrina sostiene que:

[F]rente al respeto y preponderancia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, se espera que el ejercicio del poder esté dado a partir de decisiones ponderadas o proporcionales, esto es, que las mismas, independientemente de la finalidad legítima pretendida en el ejercicio del poder, sean el resultado de un proceso de valoración de la necesidad y utilidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales para el logro de la misma; que exista coherencia y adecuación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil entre las restricciones

lo arbitrario, o no tiene motivación respetable, sino -pura y simplemente-, la conocida *sit pro ratione volentes* o la que ofrece lo es tal que escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter realmente indefinible y su inautenticidad». Desde la sentencia C-031 de 1995, la Corte dejó claro que la discrecionalidad no puede confundirse con arbitrariedad. Seguidamente, en la sentencia C-318 de 1995, al analizar la relación que existe entre las facultades discrecionales de las autoridades penitenciarias y los derechos constitucionales de las personas reclusas en centros penitenciarios, señaló que la diferencia entre lo discrecional y lo arbitrario «tiene claro fundamento constitucional en Colombia, pues la Carta admite la discrecionalidad administrativa pero excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública. Así la potestad discrecional es una herramienta jurídica necesaria e indispensable, en ciertos casos, para una buena administración pública, pues se le brinda al gestor público la posibilidad de decidir, bajo un buen juicio, sin la camisa de fuerza de una reglamentación detallada que no corresponda a la situación que se quiera superar o enfrentar. En cambio, la arbitrariedad está excluida del ordenamiento jurídico colombiano (...) (...) el artículo 1º define a Colombia como un Estado social de derecho fundado en la prevalencia del interés general, lo cual excluye que los funcionarios puedan ejercer sus atribuciones de manera caprichosa. Por su parte, el artículo 2º delimita los fines del Estado y los objetivos de las autoridades públicas, lo cual muestra que las atribuciones ejercidas por las autoridades deben estar destinadas a realizar esos valores constitucionales y no a satisfacer el arbitrio del funcionario. Esto se ve complementado por el artículo 123 superior que establece expresamente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. Finalmente, el artículo 209 define los principios que orientan la función administrativa y señala que ésta se encuentra al servicio de los intereses generales y debe ser ejercida de manera igualitaria e imparcial. Conforme a lo anterior, la potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse como un poder indefinido o ilimitado...».

³¹ALESSI explica que la discrecionalidad administrativa «es esa facultad de apreciación del interés público con el fin de decidir la conveniencia o no de la acción administrativa». El profesor Hugo Marín ofrece un concepto más amplio y preciso de la discrecionalidad, al señalar que se trata del «margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa, y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos -aun de componente extrajurídico- en que se base la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico» MARÍN, Ob. Cit. pp.176 y 177.

³² Marín Hernández, Hugo Alberto, "Discrecionalidad Administrativa", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, pp. 140 y 150; 177 y 507.

³³ Al respecto, el profesor Santofimio señala: «La proporcionalidad se incorpora en el derecho positivo nacional por la vía del artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 que la instituye como la metodología adecuada para efectos de reconducir por los ámbitos de la juridicidad las facultades discrecionales de la administración, estableciendo que en la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional es arbitrario y, por lo tanto, contrario a la Constitución. Frente a los derechos fundamentales, destaca la Corte Constitucional, la proporcionalidad busca ante todo evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional». Ob. cit. p. 295

³⁴ Marín, Ob. Cit. p. 153

³⁵ Dado que la oportunidad solamente es posible dentro del marco de legalidad, el juez "puede entrar a fiscalizar ese núcleo político o de conveniencia de la discrecionalidad -en el que consistiría la oportunidad- con el propósito de determinar si el criterio objetivo adoptado por la Administración para efectuar la elección entre alternativas es encuadrable dentro del marco fijado por la Ley y el Derecho» MARÍN, Ob. Cit. Pág. 512 t 514

³⁶ Un derecho fundamental con estructura de principio necesariamente es susceptible de ponderación y, por tanto, restringible. Borowski, Martín, La estructura de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, 2003, Bogotá, pp. 77 - 82, 91.

³⁷ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2017, pp. 85 - 87, 105. Sobre el mismo aspecto, pueden analizarse las sentencias C-578 de 1995 y T-690-15 de la Corte Constitucional.; Alexy, Ob. Cit. Pág.. La decisión discrecional que restringe derechos fundamentales es desproporcionada y por tanto vulnera tales derechos «cuando no es idónea, no es necesaria o es desproporcionada en sentido estricto, es decir, no se encuentra en una relación adecuada con el peso y la importancia del derecho fundamental» K. Hesse, Grundzüge der Verfassungsrechts, cita de Alexy.

³⁸ Según Borowski, la restricción de este tipo de derechos resulta legítima siempre que tenga fundamento en un principio o regla constitucional y si, además, tal restricción satisface el principio de proporcionalidad, ob.cit. p. 77

³⁹ La ponderación en la toma de decisiones discrecionales no solo proviene del art. 44 del CPACA. Los derechos fundamentales, como resultado de su posición en la cúspide de la jerarquía normativa, ostentan una <<fundamentalidad formal>> que incide en la determinación de los contenidos del sistema jurídico; ello por cuanto «además de los contenidos del sistema jurídico, que desde el punto de vista de la Constitución son meramente posibles, existen unos contenidos que son constitucionalmente necesarios y otros que son imposibles» ALEXY, Ob. Cit. Pág. 463.

⁴⁰ Al respecto, el profesor Santofimio señala: «...frente al respeto y preponderancia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, se espera que el ejercicio del poder esté dado a partir de decisiones ponderadas o proporcionales, esto es, que las mismas, independientemente de la finalidad legítima pretendida en el ejercicio del poder, sean el resultado de un proceso de valoración de la necesidad y utilidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales para el logro de la misma; que exista coherencia y adecuación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil entre las restricciones impuestas para el ejercicio del poder y los beneficios que se generan de las mismas. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional es arbitrario y por lo tanto contrario a la Constitución»

impuestas para el ejercicio del poder y los beneficios que se generan de las mismas. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional es arbitrario y por lo tanto contrario a la Constitución.⁴¹

Dado que ningún derecho fundamental tiene un peso abstracto mayor que otro, **el juicio de ponderación se debe hacer necesariamente a la luz de las circunstancias particulares del caso**⁴², atendiendo tres criterios o principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁴³.

La doctrina acogida por la Corte Constitucional⁴⁴ los explica así:

- (i) La idoneidad consiste en que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Según esta definición, el principio de idoneidad impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: en primer lugar, que tenga un fin constitucionalmente legítimo, y, en segundo lugar, que sea idónea para fomentar su obtención.
- (ii) **La necesidad impone que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto; y**
- (iii) La proporcionalidad en sentido estricto plantea que la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención. Este principio supone que las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin buscado, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre aquel derecho y este fin.

Si la decisión discrecional no atiende los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, debe calificarse como desproporcional y, por ende, violatoria de los derechos fundamentales que restringe⁴⁵.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala, interesa analizar la forma cómo el principio de necesidad determina la proporcionalidad de las decisiones discrecionales de la administración. En este sentido, la doctrina señala que en un *juicio de necesidad* las autoridades administrativas están llamadas a estudiar «si el medio utilizado es realmente el más eficaz para alcanzar los fines y propósitos perseguidos, y **el menos limitativo de los derechos subjetivos; que la medida es la única posible en cuanto no se advirtió la existencia de alguna otra más suave o moderada**, decisión que debe ser medible objetivamente, "[...] conforme al cuadro de intereses que representa un ciudadano medio"..."⁴⁶.

Lo que se busca evitar, en síntesis, es que se presenten excesos en los medios empleados por las autoridades cuando procuran la realización de fines legítimos⁴⁷.

⁴¹ Santofimio, ob. cit. pág. 295

⁴² La solución en la colisión de principios consiste en que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, se establece entre los principios opuestos una <<relación de precedencia condicionada>>, también llamada concreta o relativa, en la que, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede al otro. ALEXY, Ob. Cit. Pág. 74

⁴³ Alexy, Ob. Cit. Pág. 91 y 92

⁴⁴ Bernal Pulido, Carlos, El Principio de Proporcionalidad y de los Derechos Fundamentales, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, Bogotá, 2014, Pág. 875, 932, 933 y 962; ALEXY, Ob. Cit. Pág. 91.

⁴⁵ Santofimio, ob. cit. Pág. 296. En este sentido, refiere el profesor Santofimio: « Sobre esa base, y frente al respeto y preponderancia de los derechos fundamentales dentro del Estado constitucional, se espera que el ejercicio del poder esté dado a partir de decisiones ponderadas o proporcionales, esto es, que las mismas, independientemente de la finalidad legítima pretendida en el ejercicio del poder, sean el resultado de un proceso de valoración de la necesidad y utilidad de la restricción impuesta a los derechos fundamentales para el logro de la misma; que exista coherencia y adecuación razonada, razonable, valorada, adecuada, necesaria y útil entre las restricciones impuestas para el ejercicio del poder y los beneficios que se generan de las mismas. De donde se concluye que todo aquello que pueda calificarse de desproporcional es arbitrario y por lo tanto contrario a la Constitución».

⁴⁶ Santofimio, ob. cit. pág. 294

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-015 de 1994

Todo lo anterior permite concluir que una decisión discrecional que restringe derechos fundamentales, aunque esté motivada en un interés constitucionalmente legítimo, vulnera tales derechos, cuando no los pondera a partir de las circunstancias particulares del caso⁴⁸.

Es necesario mencionar que el control judicial sobre las decisiones discrecionales es limitado. Es la autoridad administrativa y no el juez quien debe efectivizar el interés general en cada caso concreto⁴⁹ y elegir los medios más idóneos para alcanzarlo⁵⁰ a partir de criterios que en muchas ocasiones son extrajurídicos. Esto implica que la ponderación que realiza la administración puede arrojar múltiples alternativas jurídicamente posibles (proporcionales)⁵¹, de manera que, en tal caso, el juez debe respetar el margen de valoración política, técnica, de oportunidad o conveniencia que le es inherente a este tipo de decisiones⁵². De lo contrario, se convertiría en el superior jerárquico de la administración⁵³, lo cual desconocería el principio de separación de poderes⁵⁴.

2. Criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para determinar cuándo un traslado laboral vulnera derechos fundamentales

El *ius variandi* es la facultad discrecional que tiene el empleador para modificar las condiciones de la relación laboral y, en particular, para disponer el traslado de sus trabajadores sin necesidad de su consentimiento. Cuando existen plantas de personal globales, como la de la Policía Nacional, el margen de discrecionalidad para realizar un traslado es mayor, ya que permite disponer del recurso humano en cualquier lugar del territorio nacional según las necesidades del servicio⁵⁵.

Esta facultad, sin embargo, no es absoluta⁵⁶. En todos los casos, los traslados de los empleados públicos «requieren una argumentación acerca de la necesidad del servicio y

⁴⁸ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2017, Pp. 63, 64, 68, 73, 74 y 91. Cuando un principio entra en colisión con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para dar solución a la colisión, es indispensable llevar a cabo una ponderación, en la que se determine la "medida debida" del cumplimiento o realización de cada principio. El éxito de la ponderación es que hace desaparecer la indeterminación de la norma constitucional, pues, al establecerse en el caso concreto cuál es el principio que tiene mayor peso y por tanto precede a su contrario, dicho principio se convierte en una regla para el caso. Como refiere Alexy, "a partir de un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada deriva una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que prevalece cuando se dan las condiciones de preferencia". En otras palabras, "las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente"; esta última fórmula es la que Alexy denomina "ley de la colisión". Los principios constitucionales, entendidos como «mandatos de optimización», en su estado prima facie no dicen nada que pueda servir para la resolución de un caso, valga decir, para fundamentar racionalmente un juicio concreto de deber ser concerniente a los derechos fundamentales. Para concretar el mandato o «contenido definitivo» del principio en un caso concreto, es decir, para establecer la «medida debida» de su cumplimiento o realización de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas, se debe hacer uso de la ley de la ponderación, que supone la aplicación del principio de proporcionalidad. Según esta ley, el contenido definitivo de un principio se concreta cuando es ponderado con los principios antagónicos y las posibilidades fácticas. El principio que tenga mayor peso, dada las condiciones particulares del caso, desplaza al otro. Esto significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. La solución en la colisión de principios consiste en que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, se establece entre los principios opuestos una <<relación de precedencia condicionada>>, también llamada concreta o relativa, en la que, tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede al otro.

⁴⁹ Marín, Ob. Cit. p. 177

⁵⁰ Marín, Ob. Cit. p. 507

⁵¹ Marín, Ob. Cit. p. 513. La alternatividad de soluciones no es exclusiva de las decisiones discrecionales, sino que es un rasgo del Derecho moderno constituido por principios, directrices y normas de textura abierta, en el que varias respuestas pueden ser consideradas admisibles desde el ordenamiento jurídico. Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales. Gabriel Mora Restrepo, Marcial Pons, Madrid, 2009. p. 114

⁵² Marín, Ob. Cit. Pág. 516 y 1000.

⁵³ Jéze Gastón, Principios Generales del Derecho Administrativo, Teoría General de los Contratos de la Administración, Tomo III, Depalma, Buenos Aires, 1934, p. 279

⁵⁴ Marín, Ob. Cit. p.p. 513 y 1008 Puede ocurrir que en un determinado caso, una de las posibles respuestas que surja del juicio de ponderación, resulte menos conveniente para el interés general o alguna de ellas pueda servirlo inobjetablemente de mejor manera, caso en el cual el órgano administrativo carecería de margen de escogencia ante la única respuesta correcta que ofrece el ordenamiento jurídico. Entonces, si como resultado de la actividad probatoria desplegada a lo largo del proceso en el que se controla la actividad administrativa, se concluye que existe solamente una alternativa de solución, en principio, el juez podría intervenir para hacerla respetar en virtud del principio de juridicidad

⁵⁵ Sentencia T-252 de 2021. Los traslados de los miembros de la Policía Nacional están regulados en el artículo 40 del Decreto Ley 1791 de 2000. La norma establece que el traslado de un miembro de la Policía Nacional es el acto por el cual se le cambia de unidad o dependencia policial, con el fin de desempeñar un cargo o la prestación de un servicio. Esta disposición legal fue reglamentada mediante la Resolución No. 06665 de 2018, expedida por la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional, en la cual se establecen los lineamientos para los traslados del personal de dicha entidad. La mencionada resolución prevé dos tipos de traslado. De un lado, el traslado por necesidades del servicio, como situaciones de seguridad o de orden público y relevos masivos por eventualidades. De otro lado, el traslado por solicitud propia. Este se subclasifica en traslado en línea por solicitud propia, regulado en el numeral a del artículo 6.1. de la Resolución No. 06665 de 2018; y en traslado en línea por caso especial, regulado en el numeral b del artículo 6.1. ibidem. Este último, el traslado en línea por caso especial exige acreditar cuatro requisitos: (i) realizar la solicitud a través de la plataforma dispuesta para tales fines y anexar los soportes que justifican el "caso especial"; (ii) visita socio familiar, coordinada por el grupo de Talento Humano de la unidad respectiva; (iii) de ser necesario, el concepto de viabilidad de la unidad de destino; y (iv) el concepto de viabilidad para el trámite ante la Dirección de Talento Humano, con el fin de ser evaluado por un comité interdisciplinario. Este tipo de traslado no genera la prima de instalación ni comporta el reconocimiento de los gastos subsecuentes.

⁵⁶ En la sentencia T-355 de 2000 la Corte Constitucional señaló que «la facultad del empleador de modificar las condiciones en una relación laboral (ius variandi) no es absoluta, ya que ésta puede ser violatoria de derechos fundamentales, si se aplica en forma arbitraria y sin justificar los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismo».

un análisis de la situación concreta de la persona que se traslada, para asegurar que no se vulneren los derechos fundamentales de éstos, ni de sus familias»⁵⁷.

En términos de la doctrina, la facultad discrecional de traslado «[comporta] la necesidad de resolver la colisión entre principios que se plantean entre el buen funcionamiento de la entidad -necesario para garantizar su adecuado quehacer al servicio de los intereses generales-, por un lado, y la esfera de derechos y libertades radicados en el servidor público y en su núcleo familiar -derechos a la integridad familiar y a la educación, entre otros-, por otro lado»⁵⁸.

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional ha precisado en diferentes oportunidades que los traslados de los empleados públicos pueden vulnerar derechos fundamentales cuando: (i) las razones del traslado son ostensiblemente arbitrarias, concretamente, por no tener en cuenta «las consecuencias que el cambio de sede pudiere tener de manera grave sobre aspectos personales del servidor y su entorno familiar»⁵⁹; y (ii) el traslado afecta de forma clara, grave y directa los derechos fundamentales del accionante o su núcleo familiar.⁶⁰

A partir de las anteriores pautas jurisprudenciales, la Corte Constitucional ha amparado los derechos a la educación de empleados públicos⁶¹, a la unidad familiar y a la salud de personas de la tercera edad que hacen parte de su núcleo familiar, y a la unidad familiar de sus hijos⁶². En todos los casos, el alto tribunal ha reprochado que la justificación del traslado sea exclusivamente las necesidades del servicio, sin tener en cuenta las circunstancias específicas del empleado público o de su familia.

En lo que respecta al derecho a la unidad familiar, la Corte ha aclarado que el traslado en sí mismo no genera su vulneración. Desde el inicio de la relación laboral, el empleado de una planta global sabe que puede ser trasladado a cualquier parte del territorio nacional por razones del servicio y que esto puede implicar un desequilibrio en su entorno familiar⁶³. Lo que hace que el traslado sea arbitrario, explica la Corte, es que la restricción de la unidad familiar se traduzca en cargas desproporcionadas para el empleado o su familia que impliquen una ruptura grave e intensa.

Para dimensionar la magnitud de la ruptura de los vínculos familiares, la Corte exige valorar, entre otros aspectos, los siguientes:

- (i) La composición del núcleo familiar al momento en el que la entidad se pronuncia

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia T-338 de 2013. Rincón C., Jorge Iván, Derecho administrativo laboral. Universidad Externado de Colombia. 2009. Bogotá. P. 537. Kuego de analizar las razones que justifican los traslados discrecionales y la imposibilidad de que a ellos se opongan razones subjetivas, el autor aclara el alcance y límites del ius variandi, determinado por los derechos fundamentales que pueden entrar en colisión. Al respecto, señala: «c. La Administración, en principio, encuentra limitada la facultad de "ius va-riandi" por circunstancias de carácter objetivo, pero ello no exonera a la autoridad de la obligación de analizar las particulares circunstancias familiares y sociales que se podrían afectar con la medida de traslado. En efecto, sólo la afectación que se concrete en la reducción de la retribución o la disminución de categoría, además de otros factores similares, impide el desplazamiento. Es evidente la conexión con el derecho de estabilidad funcional. Empero, la jurisprudencia también ha sido clara al señalar que determinadas condiciones personales deben ser tenidas en cuenta, circunstancias sobre todo de orden familiar y social que de una u otra manera se objetivan, porque de no tenerse en cuenta, se asume una medida desproporcionada al obligar al funcionario a someterse a unas condiciones laborales que implican una desventaja desmedida o poner en entredicho sus derechos fundamentales»

⁵⁸ Marín H., Hugo Alberto, El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018, p. 65

⁵⁹ Sentencia T-325 de 2010

⁶⁰ Sentencias T-338 de 2013 y T-175 de 2016.

⁶¹ En la sentencia T-342 de 2023, la Corte identificó que la Policía Nacional afectó el derecho fundamental a la educación del actor al trasladarlo a Vichada, a pesar de que estudiaba de manera flexible en Montería. La Corte consideró la decisión arbitraria, ya que no se justificó por necesidades del servicio, sino por el tiempo en la misma unidad policial. La decisión no tomó en cuenta las circunstancias del actor, como el estado de sus estudios y el riesgo de obligación crediticia con el Ictetex. Similarmente, en la sentencia T-175 de 2016, la Corte consideró arbitrario y violatorio del derecho a la educación el traslado de un policía que estaba a punto de terminar sus estudios universitarios a otra ciudad.

⁶² En sentencia T-969 de 2005, la Corte reprochó la negativa de la entidad empleadora frente a la solicitud de traslado de su empleada, porque, aunque no se dio por razones arbitrarias, no tuvo en cuenta las circunstancias particulares de la docente y su familia. En particular, no se analizó que su esposo recibía terapias físicas en Pasto y requería del acompañamiento de su pareja. En sentencia T-777 de 2012, la Corte consideró que el traslado de un miembro del INPEC, aunque justificado en razones del servicio, vulneraba sus derechos fundamentales, al no tener en cuenta la necesidad de procedimientos médicos que no se podían realizar en el nuevo lugar de trabajo. En la sentencia T-338 de 2013, la Corte consideró arbitrario el traslado de una empleada de la Fiscalía, al no haber considerado la afectación de los derechos fundamentales de su señora madre, quien se encontraba al cuidado de la empleada y requería acompañamiento permanente, dado que contaba con 79 años y presentaba alzheimer avanzado. En ese caso, el alto tribunal ordenó el retorno de la trabajadora. Así mismo, requirió a la autoridad empleadora que, en el evento de ser indispensable el traslado, debía fundamentarlo. En sentencia T-247 de 2012, la Corte consideró arbitrario el traslado realizado a una docente madre cabeza de familia a un lugar ubicado a 14 horas de distancia de su hogar. Esa Corporación encontró que la docente era madre de dos hijas adolescentes, de las cuales una de ellas tenía 25 semanas de embarazo, en estado de alto riesgo por anemia. Para la Corte, no era posible que las hijas de la peticionaria se trasladaran con ella debido al riesgo para la salud de su hija embarazada, de manera que el traslado implicaba materialmente la separación total de la familia

⁶³ Corte Constitucional, sentencias T-319 de 2016 y T-468 de 2020

- sobre el traslado del servidor, ya que, por ejemplo, no es lo mismo una pareja conformada a una que espera hacerlo en el futuro o una que tiene hijos a la que quiere tenerlos eventualmente;
- (ii) los vínculos familiares forjados al interior de la familia y la manera como esta se encuentra arraigada en un lugar, pues, a título ilustrativo, no es igual el caso de una familia acostumbrada al traslado de uno de los miembros del hogar, a una que ha permanecido en un mismo sitio por bastante tiempo;
 - (iii) las posibilidades materiales que tiene el servidor para mantener el vínculo familiar, a pesar del traslado o de su negativa, esto es, la distancia entre el domicilio familiar y el lugar en donde trabaja o al que es trasladado, los medios de transporte disponibles y los recursos económicos con los que se cuenta para asumir los costos de transporte; y
 - (iv) la disponibilidad de tiempo para viajar al domicilio del núcleo familiar, en función de los horarios de trabajo correspondientes, toda vez que, por ejemplo, una cosa es el servidor que trabaja por jornadas laborales diurnas y semanales y otra el que trabaja por turnos rotativos y asignados en relación con las necesidades propias del servicio⁶⁴.

En la sentencia T-252 de 2021, citada por la Policía Nacional en su escrito de impugnación, la Corte analizó el caso de un policía que prestaba sus servicios en Bogotá y solicitaba su traslado al municipio de Tuluá, Valle del Cauca, lugar en el que trabajaba su esposa y madre de los niños accionantes. Ella también era policía. En esa oportunidad, la Corte consideró que la decisión de negar el traslado no vulneraba el derecho a la unidad familiar porque se sustentó en la ley, respondió a las necesidades del servicio y no se logró demostrar una ruptura grave de la relación familiar ni la afectación de los derechos a la salud de los hijos. Para la Corte, el policía podía cumplir su rol de padre y cónyuge a pesar de la distancia.

Las conclusiones de la Corte, destaca esta Sala, se hicieron frente a un policía con familia biparental y con base en supuestos fácticos diferentes; por tanto, aunque las razones de la decisión son vinculantes, no puede esperarse que el Tribunal decida en el mismo sentido.

En sentencia del 26 de agosto de 2022⁶⁵, este Tribunal amparó los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana y unidad familiar del hijo de un patrullero, al advertir que fueron vulnerados por la Policía Nacional ante la falta de motivación del acto administrativo que negó la solicitud de revocatoria de un traslado laboral. Luego de analizar las circunstancias relacionadas con la red de apoyo para el cuidado del menor, la situación socioeconómica del empleado y la evaluación de la situación de orden público, el Tribunal consideró necesario un nuevo estudio de la solicitud de retorno que tuviera en cuenta las particularidades del caso.

3. Los derechos fundamentales en colisión cuando se ordena el traslado de un empleado público con familia monoparental, multiespecie y arraigo rural

El Tribunal no conoce que la Corte Constitucional haya estudiado un caso semejante en el que una niña de 7 años alegue la vulneración de sus derechos fundamentales a la unidad familiar multiespecie y a permanecer en su entorno rural con ocasión del traslado laboral de su padre. Sin embargo, a partir de las normas constitucionales y la interpretación que el alto tribunal ha hecho de ellas, es posible establecer el contenido y

⁶⁴ Sentencia T-252 de 2021

⁶⁵ Tribunal Administrativo de Santander, sentencia de tutela del 26 de agosto de dos 2022, M.P. Claudia Patricia Peñuela Arce, Rad. No. 680013333008-2022-00152-01. En esa oportunidad, se advirtió el traslado reciente del hijo del policía a Bucaramanga. La madre del niño le había entregado la custodia debido a su incapacidad para hacerse cargo de su manutención y cuidado. La red de apoyo para el menor incluía a sus abuelos y una tía, mientras que vivir al lado del policía trasladado, en una ciudad sin red de apoyo, implicaba dejarlo solo durante las largas jornadas laborales, que en ocasiones alcanzaban las 24 horas. Asimismo, se evaluó la situación socioeconómica del empleado, que incluía compromisos financieros adquiridos y los costos asociados con el cambio de ciudad, alquiler, cambio de escuela para el menor y gastos en uniformes; esto, además de demostrarse los bajos ingresos del núcleo familiar. Por último, se consideró la situación de orden público en el Departamento de Norte de Santander para determinar si constituía o no una limitación en el desarrollo psicosocial del menor. En consecuencia, se ordenó llevar a cabo un nuevo estudio de la solicitud de retorno, abordando de manera precisa cada una de las consideraciones subjetivas que imponía el caso.

alcance de los mencionados derechos, así como de otros que también deben ponderarse cuando una entidad pública ejerce la facultad discrecional de traslado en un contexto fáctico como el planteado.

La Sala abordará el estudio en el siguiente orden: 3.1. el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes; 3.2. el derecho a la igualdad y las acciones de diferenciación positiva en favor de familias monoparentales; 3.3. el derecho a la unidad familiar; 3.4. el derecho a la unidad familiar multiespecie; y 3.5. el derecho al arraigo. Veamos:

3.1. El principio constitucional del interés superior de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 44 de la Constitución Política⁶⁶, los arts. 8 y 9 del Código de la Infancia y la Adolescencia⁶⁷, y diferentes instrumentos internacionales⁶⁸ consagran el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes.

Este principio ordena reconocer en favor de los menores «un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral»⁶⁹. También dispone que todo conflicto que surja entre sus derechos y los de otro grupo poblacional «debe resolverse en su favor»⁷⁰.

Adicionalmente, este principio prohíbe tratar a los niños, niñas y adolescentes como «incapaces» y, por el contrario, impone reconocer su «potencialidad de involucrarse en la toma de decisiones que les conciernen»⁷¹. Los menores son «personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades»⁷².

La Corte Constitucional ha afirmado de manera categórica que el principio del interés superior del menor no debe ser considerado como un mero adorno retórico de la Carta Fundamental. Su fuerza vinculante es «real y relacional», de manera que siempre que se presente una colisión con los derechos fundamentales de este grupo vulnerable se deben considerar «las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad,

⁶⁶ «ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia».

⁶⁷ «Artículo 8º. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes: Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes / Artículo 9º. Prevalencia de los Derechos: En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.»

⁶⁸ En el contexto internacional, el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención sobre los Derechos del Niño. El artículo 3.1 de este último instrumento prevé que en todas las medidas que tomen las autoridades, concernientes a los menores, «una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». El Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General No. 14 -soft law-, señaló que este principio abarca tres dimensiones: i) es un derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte; ii) es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño; y iii) es una norma de procedimiento, porque siempre que se deba tomar una decisión que afecte al menor, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la misma. Esta síntesis de la observación general fue consignada por la Corte Constitucional en la sentencia T-105 de 2020. Allí también señaló que, según la observación general mencionada, la evaluación de tal interés supone un estudio de las circunstancias concretas de cada menor (edad, sexo, grado de madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, y el contexto social y cultural). En sentencia T-468 de 2018, la Corte analiza de manera de manera sistemática los instrumentos internacionales que consagran el mencionado principio.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias C-019 de 1993, T-290 de 1993, T-278 de 1994, T-442 de 1994, T-408 de 1995, T-412 de 1995, T-041 de 1996, SU-225 de 1998, T-514 de 1998, T-587 de 1998, T-715 de 1999, C-093 de 2001, C-814 de 2001, T-979 de 2001, T-189 de 2003, T-510 de 2003, T-292 de 2004, C-507 de 2004, C-796 de 2004, T-864 de 2005, T-551 de 2006, C-738 de 2008, C-149 de 2009, C-468 de 2009, T-078 de 2010, T-572 de 2010, C-840 de 2010 y C-177 de 2014, T-741 de 2017, entre muchas otras.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-292 de 2016

⁷¹ Sentencia T-291 de 2022. En esa oportunidad, la Corte dijo al respecto: «Este principio “transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad”, pues a partir de su incorporación se abandona su concepción como incapaces para, en su lugar, reconocerles la potencialidad de involucrarse en la toma de las decisiones que les conciernen». En la Sentencia T-408 de 1995, la Corte amparó el derecho invocado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a la menor el derecho a visitar a su madre, reclusa en prisión, ya que el padre de la menor le impedía hacerlo. Allí la Corte explicó, sobre el alcance del principio de interés superior, lo siguiente: «La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor».

⁷² C-355 de 2006.

que, en tanto sujeto digno debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal»⁷³.

Esa Corporación ha aclarado que, en todo caso, el referido interés superior no es un principio absoluto, es decir, no existen reglas de precedencia incondicionales⁷⁴, de manera que debe ponderarse con los demás principios. La Corte ha fijado ciertas pautas generales de carácter fáctico y jurídico que deben orientar la resolución de una colisión de principios cuando están involucrados los menores.

Del primer orden, se encuentra la obligación general de las autoridades de «abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión»⁷⁵.

De carácter jurídico, interesa destacar los siguientes mandatos generales derivados del principio de interés superior del menor⁷⁶:

(i) **Garantizar el desarrollo integral del niño:** lo que implica, “como regla general, asegurar el desarrollo armónico e integral”. “El desarrollo es armónico cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas”.

(ii) **Garantizar las condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales:** los derechos fundamentales de los niños además de los que tiene toda persona comprende los especificados en el artículo 44 Superior, a saber, la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Esta premisa implica “una interpretación de las normas que procure maximizar todos sus derechos.” (...)

(v) **Garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor de edad:** “se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, [de tal forma que] le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección”.

(vi) La exigencia de una argumentación contundente para la intervención del Estado en las relaciones paterno y materno filiales.

3.2. El derecho a la igualdad y su garantía a través de acciones de diferenciación positiva en favor de familias monoparentales

El artículo 13 de la Constitución Política⁷⁷ consagra el principio de igualdad material, en virtud del cual, el Estado debe promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger de manera especial a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en situación de debilidad manifiesta.

Del referido artículo se deriva el deber del Estado de implementar acciones afirmativas, entre ellas, las de diferenciación positiva⁷⁸, dirigidas a favorecer a grupos históricamente discriminados o a personas en situación de vulnerabilidad. Este principio se aplica en contextos de «especial escasez de bienes deseados, como suele ocurrir en puestos de

⁷³ Sentencias T-408 de 1995 y T-510 de 2003

⁷⁴ Alexy, Ob. Cit. 85 a 87

⁷⁵ Sentencia T-292 de 2016

⁷⁶ Los anteriores mandatos fueron sistematizados en la sentencia T-292 de 2016

⁷⁷ «ARTÍCULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan».

⁷⁸ Las acciones afirmativas o de diferenciación positiva son las «políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación» sentencia C-174 de 2004

trabajo o cupos universitarios, lo que lleva a concluir que el beneficio que se concede a ciertas personas, tiene como forzosa contrapartida un perjuicio para otras»⁷⁹.

Aunque las acciones de diferenciación positiva suelen beneficiar a grupos históricamente discriminados, como las mujeres cabeza de familia, la Corte Constitucional no ha excluido de su aplicación a los hombres cuando su núcleo familiar se encuentra en situación de vulnerabilidad.

En la sentencia C-577 de 2011, la Corte analizó las condiciones de la familia monoparental y la necesidad de adoptar acciones de diferenciación positiva en su favor. El tribunal constitucional, en primer término, definió las familias monoparentales⁸⁰ como aquellas que están conformadas por un solo progenitor junto con sus hijos. Explicó que este modelo de familia se presenta en Colombia por diversas causas como la violencia, el divorcio o las separaciones. Destacó, además, que las familias monoparentales generalmente están encabezadas por la madre, lo que ha merecido la atención del legislador, quien ha establecido en su favor medidas de acción positiva, precisamente por «el apoyo y protección que brinda ésta a su grupo familiar más cercano». En segundo término, la Corte precisó que las acciones de diferenciación positiva se deben extender al hombre que se encuentre «en una situación de hecho igual», no por existir una discriminación de sexo entre ambos géneros, sino porque «el propósito que se busca con ello es hacer efectivo el principio de protección del hijo en aquellos casos en que éste se encuentre al cuidado exclusivo de su padre, de forma tal que, de no hacerse extensiva tal protección al progenitor podrían verse afectados en forma cierta los derechos de los hijos»...».

Las acciones de diferenciación positiva se han implementado en los contextos de desvinculaciones masivas de empleados provisionales por aplicación de listas de elegibles⁸¹ y en procesos de renovación de la administración pública.⁸² No se conoce algún caso en el que la Corte expresamente haya ordenado la adopción de este tipo de acciones cuando la administración requiere trasladar a un empleado público por razones del servicio, empero, decisiones como las adoptadas en la sentencia T-338 de 2013 -atrás analizada-, evidencian que, ante un núcleo familiar en situación de vulnerabilidad, la autoridad administrativa debe buscar otras alternativas o motivar por qué el traslado resulta indispensable.

De acuerdo con lo anterior, para el Tribunal, cuando la administración ejerce la facultad discrecional de traslado debe adoptar acciones de diferenciación positiva en favor de familias monoparentales, porque, en estos modelos de familia la ausencia del padre o la madre impacta directamente en el desarrollo afectivo, físico y mental de los hijos. Estos experimentan el síndrome del padre o madre ausente, lo que les genera, entre otros efectos, una permanente sensación de abandono⁸³.

⁷⁹ Corte Constitucional, sentencias C-371 de 2000, T-933 de 2013, T-036 de 2015, entre muchas otras.

⁸⁰ Sobre la familia monoparental y los roles que esto implica para el jefe del hogar, Paola, J., Lesmes, C., Jeaneth, M., Romero, G., & Lady, J. R. (s/f). estudio «Características socioeconómicas, percepciones y dinámicas familiares de un grupo de diez familias monoparentales con familiares de un grupo de diez familias monoparentales con jefatura masculina ubicada en la ciudad de Bogotá jefatura masculina ubicada en la ciudad de Bogotá» Ciencia Unisalle Ciencia Unisalle. Edu.co. Disponible en https://ciencia.lasalle.edu.co/cgi/viewcontent.cgi?article=1024&context=trabajo_social

⁸¹ La Corte Constitucional ha sostenido que se deben implementar acciones afirmativas, pese a la discrecionalidad de la que gozan los empleadores, cuando se trata de empleados provisionales en alguna de las siguientes condiciones especiales: i) madres y padres cabeza de familia; ii) personas que estaban próximas a pensionarse, y iii) personas en situación de discapacidad. La Corte, en la sentencia SU-446 de 2011, reprochó la desvinculación indiscriminada de empleados provisionales que hizo la Fiscalía en el proceso de provisión de cargos públicos con listas de elegibles. Allí señaló: «en estos tres eventos la Fiscalía General de la Nación ha debido prever mecanismos para garantizar que las personas en las condiciones antedichas, fueran las últimas en ser desvinculadas, porque si bien una cualquiera de las situaciones descritas no otorga un derecho indefinido a permanecer en un empleo de carrera, toda vez que prevalecen los derechos de quienes ganan el concurso público de méritos. Como el ente fiscal no previó dispositivo alguno para no lesionar los derechos de ese grupo de personas, estando obligado a hacerlo, en los términos del artículo 13 de la Constitución, esta Corte le ordenará a la entidad que dichas personas, de ser posible, sean nuevamente vinculadas en forma provisional en cargos vacantes de la misma jerarquía de los que venían ocupando»

⁸² Implementadas desde la Ley 790 de 2002, la cual, en su art. 12, estableció el conocido «retén social».

⁸³ Pinedo, C., Pinedo, C., & Pinedo, C. (2023, 28 noviembre). El síndrome del padre o la madre ausente y su impacto en el desarrollo de los niños. El País. <https://elpais.com/mamas-papas/familia/2023-11-28/el-sindrome-del-padre-o-la-madre-ausente-y-su-impacto-en-el-desarrollo-de-los-ninos.html>.

El síndrome de padre o madre ausente se genera porque los progenitores, uno o ambos, no están presentes durante la infancia de sus hijos, lo que tiene consecuencias en su desarrollo. Esta situación puede deberse a diversas causas: largas jornadas de trabajo, traslado laboral, separación, divorcio complicado o fallecimiento. La ausencia del padre o de la madre no siempre se da por estos motivos; muchas veces se trata de una ausencia emocional. Esta situación familiar influye en el niño de diferentes maneras: «La falta de cariño impacta directamente en su desarrollo afectivo, físico y mental y en todos los casos queda la sensación de abandono». Además de no estar presentes físicamente, los padres ausentes emocionalmente se caracterizan por otros comportamientos: «No ejecutan ninguna función en el ámbito familiar, delegan en su pareja la autoridad y la aplicación de límites, así como el cuidado y el sostén emocional. En ocasiones, se desvinculan de la crianza o manutención y no establecen lazos afectivos».

En las familias monoparentales, por ende, la distancia del progenitor trasladado va a generar una restricción grave e intensa de la unidad familiar con efectos perversos en el desarrollo emocional de los hijos, quienes quedan en estado de orfandad absoluta, así estos cuenten con una red de apoyo familiar. Este daño, en principio, no se presenta con la misma intensidad en los hijos de una familia biparental donde uno de los progenitores permanece al lado de estos, desempeñando el rol del cuidado, crianza y apoyo emocional. Este acompañamiento va a permitir que los hijos afronten mejor la separación del progenitor trasladado. La afectación de la unidad familiar será menor, desde luego, en las familias sin hijos, y no la habrá en los empleados solteros.

Es importante aclarar que las acciones de diferenciación positiva operan cuando existe un margen de maniobra que le permite a la administración escoger entre distintas alternativas. No obstante, una medida de esta naturaleza no puede implicar daños iusfundamentales similares o peores a los que se busca evitar. En consecuencia, no se puede adoptar una decisión diferencial en perjuicio de personas en situación de vulnerabilidad o desventaja, como: los niños, niñas y adolescentes en iguales o peores condiciones de vulnerabilidad, las mujeres en estado de gestación o de lactancia, las madres o los padres cabeza de familia; las personas en situación de discapacidad, la población desplazada; entre otros.⁸⁴

3.3. El derecho fundamental preferente a la unidad familiar de los niños, niñas y adolescentes

Los artículos 15, 42 y 44 de la Constitución Política consagran el derecho de todas las personas a tener una familia y a no ser separados de ella⁸⁵. A partir de las referidas disposiciones, la Corte Constitucional ha adscrito a la Constitución la norma que reconoce el derecho fundamental a la unidad familiar⁸⁶.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes, el derecho a la unidad familiar es prevalente y cuenta con protección reforzada. Estas características especiales encuentran justificación en la necesidad de garantizar el desarrollo integral de los menores dentro del ámbito familiar, reconocido como «la cuna de formación del ser humano, donde se le debe proporcionar la asistencia, protección, cuidado y preparación necesarios para forjarse como seres integrales aptos para desenvolverse en sociedad»⁸⁷.

Junto con la unidad familiar, la Corte Constitucional ha reconocido el derecho fundamental de los menores al amor⁸⁸. Este derecho se materializa en la posibilidad de recibir cuidado y amor por parte de los padres, y a no ser sometidos a situaciones anormales de tristeza derivados de la ruptura familiar. El alto tribunal fijó el mencionado alcance, bajo el entendido que al interior de la familia los niños, niñas y adolescentes encuentran las bases para su realización y felicidad futuras, de manera que durante su crecimiento deben recibir el cuidado, amor y apoyo de sus progenitores. De lo contrario, dice la Corte, sus capacidades y personalidad se verán afectadas. Esa Corporación recordó que «El amor se constituye en el presupuesto fundamental y esencial de la vida humana: no sólo a la persona se le debe amar, sino que debe tener la oportunidad de expresar y manifestar su amor hacia quienes lo rodean»⁸⁹.

En el contexto de los traslados laborales, la Corte Constitucional ha sostenido que «cuando el miembro de la familia que se ve afectado con el traslado es un menor de edad, la autoridad debe “valorar el caso con especial cuidado, pues los niños, niñas y

⁸⁴ Este listado de sujetos que merecen especial protección constitucional que plantea la Corte en la sentencia T-084 de 2018 es meramente enunciativo.

⁸⁵ Este derecho también se encuentra consagrado en el Código de la Infancia y Adolescencia. «ARTÍCULO 22. DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. 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 esta 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»

⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia T-207 de 2004

⁸⁷ Sentencia T-292 de 2016

⁸⁸ Sentencias T-311 de 2017 y T-129 de 2015, entre otras.

⁸⁹ Sentencia T-278 de 1994, citada en la sentencia T-311 de 2017

adolescentes tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella”⁹⁰, en el entendido de que estos son sujetos de especial protección constitucional y “necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares y que el carecer de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral vulnera sus derechos fundamentales”⁹¹.

En los procesos de restablecimiento de derechos, la Corte ha indicado que, como garantía de la unidad familiar, las autoridades tienen una obligación general de abstención o prohibición de adoptar decisiones infundadas e irrazonables que impliquen la ruptura de la unidad familiar. En sentencia T-468 de 2018, ese tribunal sostuvo que «Las razones que llevan a separar a un niño de su familia, deben ser suficientemente fuertes y relevantes, pues de lo contrario se podría estar incurriendo en una vulneración contra la familia como núcleo fundamental de la sociedad»

El legislador ha establecido algunas medidas para proteger la unidad familiar frente a reglas laborales que pueden restringir este derecho, por ejemplo, la flexibilización de los horarios de trabajo con el fin de «facilitar el acercamiento del trabajador con los miembros de su familia, para atender sus deberes de protección y acompañamiento»⁹².

De acuerdo con lo anterior, en virtud del derecho a la unidad familiar de los niños, niñas y adolescentes, las autoridades deben abstenerse de adoptar decisiones infundadas o irrazonables que impliquen la disgregación de la familia.

3.4. El derecho a la unidad familiar multiespecie

En el derecho colombiano no existe la categoría legal de familia multiespecie ni una norma jurídica directamente estatuida en la Constitución Política que reconozca el derecho fundamental a la unidad familiar multiespecie⁹³. Sin embargo, rechazar *a priori* el reconocimiento del mencionado derecho, así como su protección por vía de la acción de tutela, es inconstitucional, ya que el **artículo 94 superior** consagra una cláusula de derechos innominados, según la cual «[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos»⁹⁴.

Esta norma constitucional tiene significativas implicaciones en el ámbito de los derechos fundamentales. A diferencia de lo que ocurre en otros países, el Constituyente colombiano expresamente autorizó la adscripción de normas de derecho fundamental a la Constitución. Esto se traduce, por un lado, en la obligación constitucional del juez de tutela de reconocer y eventualmente amparar cualquier derecho «inherente a la persona humana», y por otro, en la prohibición de rechazar su reconocimiento y amparo a partir de criterios exclusivamente formales⁹⁵.

⁹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-772 de 2013.

⁹¹ Corte Constitucional, sentencia T-213 de 2015.

⁹² Ley 1361 de 2009, «Por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia» Art. 5A.

⁹³ La Constitución Política de Colombia no contiene una definición de los derechos fundamentales ni fija criterios metodológicos que permitan identificarlos, careciendo de fuerza vinculante la clasificación de derechos que en ella se hace a partir de títulos y capítulos, pues fue establecida con posterioridad a la aprobación del texto constitucional que hizo la Asamblea Nacional Constituyente. Así lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-887 de 2002.

⁹⁴ «ARTICULO 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.»

⁹⁵ El artículo 94 de la Constitución Política refleja la postura antiformalista adoptada por el Constituyente en torno a la interpretación del derecho. Este enfoque rechaza modelos interpretativos que consideran al legislador infalible y su obra como completa, perfecta y cerrada. Se reconoce que el derecho es incompleto y la ley no siempre es clara ni puede prever respuestas a todos los problemas sociales. Esta forma de pensar el derecho, planteada por François Gény en el siglo XIX, como reacción a escuelas como l'École de l'Exégèse, entiende que «El derecho es ante todo objetivo, “nacido del hecho social y de la vida jurídica organizada”. No emana de una voluntad soberana titular de prerrogativas absolutas, sino de “la sociedad misma, de su vida, sus necesidades, sus relaciones”. Se quiere objetivar el derecho como función o como interés, hacer de la ley no una voluntad, sino el interés social que esa voluntad representa [...] se pone el acento no sobre la regla, sino sobre el objetivo a alcanzar [...] un método finalista o teleológico se sustituye al método puramente deductivo fundado sobre la lógica formal de los exégetas del Código Civil...». Bernuz Beneitez, María José. Francois Gény y el Derecho. La lucha contra el método exegético, Universidad Externado de Colombia, p. 92. Una vez se determine el espíritu histórico del legislador, hay que abrir la vista a lo que ha sucedido tras ello, y no ignorarlo. El intérprete-investigador (juez, litigante, administración pública) debe resolver el caso que se le presenta conforme a «la naturaleza de las cosas», para cuya indagación acude a la analogía, la consideración de la organización social y a los métodos de las ciencias sociales. Para Gény, en consecuencia, la actividad interpretativa es, de una parte, una función cognoscitiva y, de otra, una función de mediación o de concreción entre lo normativo y la realidad social. Este autor le reprocha a la exégesis la reducción del derecho a la ley porque limita «sus posibilidades de desarrollo y de respuesta a las necesidades que van surgiendo». *Ibid.*, pp. 116 a 120. Diferentes decisiones de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, especialmente en el campo del Derecho de familia, evidencian la importancia que tiene la realidad social

Partiendo de la definición de derecho fundamental ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional⁹⁶ y siguiendo los métodos de interpretación autorizados⁹⁷, este Tribunal considera que efectivamente la Constitución Política de 1991 contiene una norma válida de derecho fundamental que le atribuye a la persona humana el derecho a tener una familia multiespecie⁹⁸ y a no ser separada de ella, del cual se deriva, entre múltiples posiciones jurídicas, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la unidad familiar multiespecie, por las razones que pasan a explicarse.

3.4.1. La Constitución Política consagra un amplio bloque normativo de protección a la familia

Un extenso conjunto de normas constitucionales⁹⁹ reconoce y ampara la familia como institución básica de la sociedad, así como el derecho de todas las personas a la intimidad personal y familiar. Además, garantiza el derecho prioritario de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separada de ella, en los términos ampliamente explicados en el ítem 3.3.

3.4.2. La jurisprudencia constitucional rechaza la adopción de un concepto estático de familia y, en su lugar, acoge un concepto dinámico que facilita su adaptación a los cambios sociales y culturales

El enunciado del art. 42 de la Constitución Política parece hacer referencia a una única forma de familia, específicamente la que «[s]e 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».

Desde sus inicios la Corte Constitucional rechazó el concepto heteropatriarcal de familia derivado del sentido literal del primer aparte del enunciado normativo. En su lugar, adoptó una interpretación compatible con las realidades sociales que no encajaban en ese

para la comprensión de los significados de la norma constitucional. Entre ellas se registran la que dio efectos jurídicos al concubinato, la que reconoció la posibilidad de que el hijo natural pudiera acreditar su filiación con el presunto padre después de su muerte, o de exigir la administración conjunta del marido con su mujer de los bienes sociales habidos en las sociedades conyugales surgidas antes de la entrada en vigencia de la Ley 28 de 1932, y que no se habían liquidado provisionalmente conforme a su artículo 7; posteriormente, las que reconocieron la familia homoparental y la de crianza, entre otras decisiones.

⁹⁶ En términos generales, la Corte Constitucional sostiene que «todos los derechos constitucionales son derechos fundamentales, pues cada uno de ellos encuentra un vínculo inescindible con el principio de dignidad humana, fundante y justificativo del Estado Social Democrático de Derecho» (st. C-288 de 2012). A esta definición, la Corte agrega que, los derechos fundamentales son aquellos que i) además de estar relacionados funcionalmente con la realización de la dignidad humana, ii) pueden traducirse o concretarse en derechos subjetivos y iii) encuentran consensos dogmáticos, jurisprudenciales o de derecho internacional, legal y reglamentario sobre su fundamentalidad (st. T-227 de 2003). La Corte descarta el elemento de la exigibilidad (sts. T-760 de 2008 y 428 de 2012). Desde el punto de vista de su estructura, la Corte ha sostenido que los derechos fundamentales son un «todo» comprendido por «un amplio conjunto de posiciones jurídicas, de las cuales se desprende también una pluralidad de obligaciones de respeto, protección y garantía a cargo del Estado y eventualmente algunas a cargo de los particulares» (st. T-428 de 2012), reflejándose en cada una de esas obligaciones la diversidad de facetas que tiene cada derecho (st. T-760 de 2008). Según la doctrina alemana que orienta la construcción conceptual de la Corte Constitucional, un derecho fundamental es un «todo» conformado por una sumatoria de «posiciones jurídicas» reconocidas en la Constitución, bien sea a través de «normas de derecho fundamental directamente estatuidas», valga decir, las expresadas en los enunciados de la Constitución, o bien a través de «normas adscritas de derecho fundamental», es decir, las que no se pueden extraer directamente del texto constitucional pero sí a partir de una fundamentación racional ligada a una o varias normas constitucionales directamente estatuidas (fundamentación iusfundamentalmente correcta). Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 2017, pág. 45 a 55, 214

⁹⁷ El método de adscripción de normas de derecho fundamental propuesto por la doctrina alemana permite establecer que un determinado derecho efectivamente corresponde a una norma adscrita de derecho fundamental, es decir, una que no se extrae directamente del texto constitucional pero sí a partir de una fundamentación racional ligada a una o varias normas de derecho fundamental directamente estatuidas en la Constitución. Al respecto, puede analizarse la obra citada de Alexy, pp. 45 a 55. El concepto de normas adscritas de derecho fundamental resulta necesario, en la medida que el texto constitucional y especialmente las normas que reconocen derechos fundamentales son, por antonomasia, normas indeterminadas o de textura abierta (estructura de principios, según la tipología e algunos autores), lo que impide conocer qué es aquello que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten, para efectos de resolver un caso concreto. De esta manera, la adscripción de normas de derecho fundamental a la Constitución, es un asunto de necesidad para el juez, pues, por más abstracta que puedan ser las normas constitucionales, su deber es hacerlas descender de esa abstracción hasta precisar una regla con la que pueda resolver los casos sometidos a su conocimiento. Según la doctrina, la precisión de las normas constitucionales a través de la adscripción es indispensable para establecer la «fundamentación de juicios jurídicos concretos relativos al deber ser» ALEXY, Ob. Cit. 17. La adscripción de una norma de derecho fundamental implica una labor de interpretación y argumentación con algunos márgenes de discrecionalidad, pero que, en todo caso, debe partir del texto constitucional y no de normas morales; debe atender el contenido y alcance que la jurisprudencia constitucional le ha otorgado a aquel texto; y debe expresarse en argumentos explícitos que permitan su control por las partes, so pena de que la decisión se considere arbitraria.

⁹⁸ Por razones metodológicas, este concepto se desarrollará más adelante.

⁹⁹ El art. 5 ampara la familia como institución básica de la sociedad; el art. 15 reconoce el derecho de todas las personas a la intimidad personal y familiar, y correlativamente le impone al Estado el deber de respetarlos y hacerlos respetar; el art. 28 consagra el derecho a la libertad personal y precisa que «nadie podrá ser molestado en su persona o familia»; el art. 42 define la familia desde una concepción heteropatriarcal y establece algunos derechos y deberes de sus miembros, relacionados con la igualdad, la libertad de procreación, el respeto recíproco, la responsabilidad, entre otros principios. La norma también consagra la cláusula de inviolabilidad de la familia, así como el deber del Estado y la sociedad de garantizar su protección integral. Asimismo, establece la prohibición y sanción de toda forma de violencia al interior de la familia. Por último, la norma le otorga competencia al legislador para regular el matrimonio y el estado civil de las personas. Por su parte, el art. 44 consagra el derecho prevalente de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella; también los derechos al cuidado y amor. La norma consagra el deber de protección de los niños contra toda forma de abandono o violencia, así como el deber de la familia, la sociedad y el Estado de asistirlos y protegerlos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

concepto. Según la Corte, de la lectura del aparte final del enunciado –por la voluntad responsable de conformarla-, se puede extraer una noción de familia amplia que comprende otras formas familiares, como las constituidas por parejas del mismo sexo.¹⁰⁰

En palabras de la Corte:

El derecho a tener una familia, como enunciado normativo, cuenta con una íntima vinculación con la sociedad y con su evolución como núcleo de ella. Si la Constitución debe ser la mayor muestra de un derecho que responda a las necesidades reales de la población de un país, es claro que ella no puede ser inmune al cambio y el concepto de familia no es la excepción pues, tal vez, como ninguna otra institución, **es sensible a los cambios y a la conformación de la sociedad (...)** en una sociedad plural no puede existir un único concepto excluyente de familia¹⁰¹.

Siguiendo la misma línea, en sentencia T-105 de 2020, ese alto tribunal sostuvo:

[L]a actual conceptualización de la noción de familia responde a factores socio afectivos, a partir de una **interpretación evolutiva y sociológica** fundada en la cláusula de Estado social de derecho, el pluralismo y la diversidad cultural, que ha llevado a reconocer que al interior de las parejas del mismo sexo se asumen iguales compromisos de afecto, solidaridad y respeto, por lo que merecen la misma protección, esto es, contar con los mismos derechos y los deberes a las familias conformadas por parejas heterosexuales.

La Corte, orientada por esta comprensión sociológica del fenómeno, ha afirmado que la exclusión de cualquier tipo de conformación familiar es incompatible con la Constitución Política. En consecuencia, ha reconocido todos los modelos que han surgido a partir de las realidades cambiantes, tales como: las familias monoparental, extensa, recompuesta o reconstituida, unipersonal, singularizada, homoparental, de crianza, fraterna y comunitaria¹⁰².

Para ese tribunal, el concepto de familia es: (i) **polisémico**, es decir, no existe un modelo único de ella y, por tanto, se deben reconocer y amparar a la luz del art. 42 de la Carta las distintas tipologías de familias, como consecuencia lógica de la igualdad de trato¹⁰³; (ii) **sociológico**, porque se encuentra permeado por el tiempo y el contexto en el que se analice¹⁰⁴; y (iii) **antiformalista**, puesto que «la estructura de una familia no puede ser vista desde el aspecto formal y limitado, sino desde un concepto más amplio, que tiene su alcance en la existencia de lazos de solidaridad, amor, respeto mutuo, unidad de vida común, entre otros sentimientos que nacen de la unión familiar»¹⁰⁵.

Orientada por esta visión omnicomprensiva de la institución de la familia, la Corte ha planteado algunos criterios para analizar su alcance, entre los que se destacan los siguientes: (i) «no puede ser entendid[a] de manera aislada, sino en concordancia con el **principio de pluralismo**», porque «en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial»¹⁰⁶; (ii) debe analizarse a partir de la «**idea de la heterogeneidad**», la cual permite «pasar de una percepción estática a una percepción dinámica y longitudinal de la familia, donde el individuo, a lo largo de su vida, puede

¹⁰⁰ Sentencia T-311 de 2017

¹⁰¹ Sentencia T-311 de 2017

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-311 de 2017. En los anexos de esta sentencia se enuncian los siguientes modelos de familia: (i) monoparental, (ii) la extensa –constituida por una agrupación numerosa de miembros caracterizada por tres generaciones en adelante-, (iii) recompuesta o reconstituida – conformada por parejas que tuvieron vínculos anteriores y que culminaron en una ruptura-, (iv) unipersonal, (v) singularizada –la cual se encuentra dispuesta por una pareja sin hijos y sin intención de procrear-, (vi) homoparental –que es aquella conformada por una pareja del mismo sexo-, (vii) de crianza, (viii) fraterna –un grupo de hermanos solos- y (ix) comunitaria – constituida por varias personas que, sin estar unidas por un vínculo de consanguinidad o afinidad, se distribuyen los gastos y los roles-. La Corte cita la Encuesta de Demografía y Salud –ENDS 2015, realizada por el Ministerio de Salud y Protección Social y Profamilia, la cual evidenció que un tercio de los hogares del país se encuentran ocupados por familias nucleares biparentales –esto es ambos padres e hijos-, un 9.8% por parejas sin hijos, un 12.8 % por familias extensas biparentales –es decir con el jefe sin cónyuge, pero con los hijos solteros y casados y otros parientes-, un 2.9% que corresponden a parejas sin hijos pero conviven junto con otros familiares y, finalmente, en un 4.5 % de los hogares se vive con el jefe o la jefe de hogar con otros parientes.

¹⁰³ Sentencia C-105 de 1994. La Corte ha explicado que la protección a la familia y su reconocimiento en condiciones de igualdad también corresponde a un mandato contenido en diferentes tratados internacionales, entre otros, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 16, ordinal 3º; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 11, 17 y 19; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 7º, 10 y 11; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 17, 23 y 24.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-311 de 2017

¹⁰⁵ Sentencias T-292 de 2016 y T-376 de 2023

¹⁰⁶ Corte Constitucional, C-572 de 2009, C-278 de 2014, C-577 de 2011 y T-071 de 2016.

integrar distintas configuraciones con funcionamientos propios. (...)»¹⁰⁷; y (iii) La familia tiene un «**carácter maleable**» derivado del Estado multicultural y pluriétnico que «justifica el derecho de las personas a establecer una familia “de acuerdo a sus propias opciones de vida, siempre y cuando respeten los derechos fundamentales”, pues, en razón de la variedad, “la familia puede tomar diversas formas según los grupos culturalmente diferenciados”, por lo que “no es constitucionalmente admisible el reproche y mucho menos el rechazo de las opciones que libremente configuren las personas para establecer una familia”....»¹⁰⁸.

La Corte ha analizado diferentes definiciones de familia, en las que se pueden distinguir algunos elementos que podrían identificarlas. Una de ellas hace referencia a la familia humana como un conjunto de personas emparentadas por vínculos naturales o jurídicos, unidas por **lazos de solidaridad, amor y respeto, y caracterizadas por la unidad de vida o de destino**¹⁰⁹. Independientemente de la forma como ese conjunto de personas esté comprendido, debe considerarse una familia, porque esos nuevos modelos de conformación corresponden a la realidad sociológica cambiante que ha modificado su estructura¹¹⁰.

Los expertos también le han propuesto a la Corte Constitucional concebir la familia como un fenómeno estructuralmente diverso¹¹¹ y disruptivo¹¹².

Aunque no existe un único concepto ni definición de familia, de las múltiples soluciones interpretativas que ha acogido la Corte Constitucional para armonizar el art. 42 de la Constitución Política con las realidades sociales, es claro que el concepto de familia es dinámico, es decir, se debe adecuar paulatinamente, de tal manera que permita la inclusión de las diversas formas de reconfiguración de las relaciones familiares que van surgiendo con los cambios sociales, socioeconómicos y culturales¹¹³. Ahora, independientemente de la pluralidad de modelos familiares, existe un común denominador que los identifica desde el plano material: los lazos de solidaridad, amor y respeto, y el deseo de hacer unidad de vida o de destino.

3.4.3. El modelo de familia multiespecie corresponde a una realidad social, por tanto, encaja dentro del concepto dinámico de familia acogido por la jurisprudencia constitucional

La familia multiespecie corresponde a una realidad social generada por la transformación estructural y significativa que ha experimentado la relación entre el hombre y el animal.

La relación utilitarista, pensada fundamentalmente desde la perspectiva del cazador y la domesticación¹¹⁴, luego de diferentes fenómenos sociales, culturales, demográficos, económicos, etc., ha evolucionado a diversas expresiones menos despiadadas, bajo una

¹⁰⁷ Sentencias C-105 de 1994 y C-577 de 2011.

¹⁰⁸ Sentencias C-105 de 1994 y C-577 de 2011.

¹⁰⁹ Corte Constitucional, C-271 de 2003

¹¹⁰ Sentencias T-049 de 1999, C-577 de 2011 y C-026 de 2016.

¹¹¹ Según la definición planteada por el Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes, dentro de la acción de tutela 311 de 2017, en la cual se estudiaba la afectación de la unidad familiar y el síndrome de la alienación parental, la familia es «uno de los microsistemas sociales que hacen parte de la comunidad». Desde esta perspectiva «El funcionamiento físico, social y psicológico de los individuos está influenciado por las diferentes relaciones que se establecen en estos contextos y en las distintas etapas de la vida. Esto explica por qué existen diferentes aproximaciones a esta noción y, en particular, **la presencia en Colombia de distintas estructuras familiares diversas que obedecen al contexto social, regional y étnico**. El vínculo actual de las familias no se limita a un fenómeno natural, sino también a las **manifestaciones de solidaridad, fraternidad, apoyo y cariño**»

¹¹² En el informe rendido por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas, analizado en la sentencia T-311 de 2017, se plantea: La familia es una forma particular de organización social, estructurada en torno al parentesco y a los vínculos afectivos. Sus transformaciones hacen visible una tensión entre el ordenamiento legal, social y cultural vigente y la exposición de otras maneras de actuar y de pensar sobre el matrimonio, la reproducción, la filiación, el ser padre o madre, la división de trabajo, la crianza y el cuidado, así como respecto a las condiciones de convivencia. La familia no es, por lo tanto, una organización fija, inmutable, natural y heredada que preestablece, ella expresa procesos de construcción, de tensión y reconfiguración. Reconocer un único modelo de familia llevaría a que, consigo, se niegue y se excluya la diversidad que la caracteriza en sus dinámicas internas y externas. (...) La supuesta ruptura del concepto de “familia” -que para la visión tradicional se asocia a una pérdida de valores- ha llevado a adoptar distintos conceptos del amor, la sexualidad, el erotismo y, por supuesto, de la maternidad y de la paternidad. Asimismo, se ha reconocido que no existe una única vía para constituir familia: con pareja o sin ella, heterosexual u homosexual, estable o no, con la finalidad o no de procreación y con material genético propio o con la mediación del “alquiler de vientre” y la decisión de la adopción. Por tanto, hacer una familia hoy, comporta un proceso de interacción complejo entre la tensión de un modelo tradicional y de otras lógicas que exceden la familia nuclear.

¹¹³ Según el Departamento de Antropología de la Universidad Nacional. Informe rendido a la Corte Constitucional, analizado en el anexo 1 de la sentencia T-311 de 2017.

¹¹⁴ El rol del humano como cazador y los procesos frustrados de domesticación por parte de los indígenas precolombinos, es analizada por el antropólogo colombiano Carl Henrik Langebaek, en Antes de Colombia. Los primeros 14.000 años, Penguin Random House, Bogotá, 2021, pp. 231 a 258.

narrativa de la sintiencia animal, que incluye un trato compasivo y proteccionista¹¹⁵. Por ejemplo, los animales han dejado de ser objeto de espectáculos circenses¹¹⁶; en algunas partes del país se encuentran prohibidos los espectáculos taurinos; y los animales silvestres no pueden ser puestos en cautiverio¹¹⁷.

Una manifestación de esas nuevas formas de interacción es la inclusión de animales de compañía en la estructura familiar, no bajo las categorías de animales domésticos¹¹⁸, mascotas¹¹⁹ o semovientes¹²⁰, sino a partir de una nueva concepción y relacionamiento que los convierte en miembros de la familia. Esto como consecuencia de los roles asignados y los vínculos de respeto, solidaridad y amor que se desarrollan al interior del hogar. Reconocerlos como parte de la familia implica no solo permitirles residir en el entorno familiar y darles un nombre, sino que también involucra esfuerzos emocionales, financieros y de tiempo que van más allá de la satisfacción de las necesidades vitales del animal¹²¹. Para algunos, la realidad descrita configura un nuevo modelo de familia, autodeterminado como familias multiespecie o interespecie.

Este fenómeno ha suscitado diversas demandas sociales. Son comunes los sitios que admiten la concurrencia de animales en sus instalaciones; la existencia de guarderías especializadas para animales de compañía mientras sus dueños trabajan; un creciente comercio de productos novedosos, no solo de consumo; también, de cuidado estético, suplementos alimentarios, salud, funerarios y seguros de vida; todo ello con el fin de atender las necesidades surgidas del ánimo de las personas de brindar bienestar a sus animales e integrarlos más estrechamente a sus planes de vida.

Algunos dueños de animales de compañía o caninos guías se refieren a estos como sus hijos, sus hermanos o sus nietos. En la actualidad, algunas personas optan por adoptar animales en lugar de tener hijos biológicos. Es común ver que la agenda diaria incluye paseos recreativos entre los animales y sus cuidadores o incluso se contrata para ello a personas especializadas. También se observa la creación de perfiles en redes sociales para animales. Recientemente, se evidencia que la tenencia compartida de un animal genera lazos de afectividad de tal magnitud que en eventos de divorcio o separación han dado lugar a reclamar a las autoridades la custodia compartida y el establecimiento de un régimen de visitas. Asimismo, ante padecimientos de sus animales de compañía, los cuidadores han reclamado los servicios que el sistema de salud consagra solo para las personas.

Los casos de Simona¹²², Clifford¹²³, Romeo y Salvador¹²⁴ en Colombia y otros casos en

¹¹⁵ Padilla, Villarraga. A. (2022). Derecho sintiente: los animales no humanos en el derecho Latinoamericano, Uniandes - Siglo del Hombre, Ed. eBooks. Pp. 94 a 133, 223 a 225.

¹¹⁶ sentencia C-283 de 2014 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

¹¹⁷ sentencias T-146 de 2016 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), T-608 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez) y T-760 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

¹¹⁸ ARTICULO 687. <ANIMALES BRAVIOS, DOMESTICOS Y DOMESTICADOS>. Se llaman animales bravíos o salvajes los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; domésticos, los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas, las ovejas, y domesticados los que, sin embargo, de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad, y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. Estos últimos, mientras conservan la costumbre de volver al amparo o dependencia del hombre, siguen la regla de los animales domésticos, y perdiendo esta costumbre vuelven a la clase de los animales bravíos

¹¹⁹ Según al DRAE, la palabra mascota significa. 1. f. Persona, animal o cosa que sirve de talismán, que trae buena suerte.; Sin.: amuleto, fetiche, talismán. 2. f. Animal de compañía. Tienda de mascotas.

¹²⁰ Art. 655 C.C.

¹²¹ Estas características de la familia multiespecie fueron analizadas por el Tribunal Superior de Bogotá, en auto del 6 de octubre de 2023 (Rad. 10013-103027-2023-00229-00 [0327]), a partir del conocido caso de Simona.

¹²² El Tribunal Superior de Bogotá, en auto del 6 de octubre de 2023 (Rad. 10013-103027-2023-00229-00 [0327]), reconoció a Simona, de la especie de los perros, como miembro de una familia multiespecie. Allí se analizaron los siguientes requisitos: «i) que las personas reconozcan a los animales como miembros de estas; ii) la posibilidad de que el animal asuma roles dentro de la misma». El primer requisito se configura cuando las decisiones emocionales y financieras de las personas respecto de sus animales de compañía trascienden a la satisfacción de sus necesidades básicas. Por ejemplo, cuando i) se les da un nombre; ii) se tiene en cuenta sus necesidades al momento de tomar decisiones que perturben su cotidianidad, como mudanzas o divorcios; y, iii) cuando se les reconoce en roles familiares, como hijo u otro rol. El segundo requisito que debe observarse en la conducta de los animales, es la adopción de roles dentro de la familia en casos de disputas o vicisitudes propias de una relación familiar; por ejemplo, cuando buscan atención o impedir conflictos con acciones positivas, como acompañar a la persona emocionalmente indispuesta. Esa corporación enmarca la familia multiespecie dentro de los nuevos conceptos de familia líquida que trascienden las relaciones de ascendencia o descendencia y que se amalgaman con las realidades sociológicas del impacto de tenencia de animales de compañía en la actualidad.

¹²³ Un juzgado le ordenó a la Secretaría de Salud del Tolima entregarle a la dueña del perro Clifford un medicamento para tratar la epilepsia. Para la juez, Clifford hacía parte de la familia multiespecie de la accionante. El concepto fue entendido como «aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos».

¹²⁴ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, conoció una acción de tutela en segunda instancia bajo el radicado 73001-22-13-000-2022-00301-02 (sentencia del 2 de marzo de 2023, STC1926-2023), en la cual se discutía la decisión de un juez de familia que decretó el embargo y secuestro

España¹²⁵, Brasil¹²⁶, Argentina¹²⁷, Estados Unidos¹²⁸, Francia¹²⁹, Perú¹³⁰ y Ecuador¹³¹, dan cuenta de la realidad descrita.

En cuanto al rol que juegan los animales en la familia multiespecie, la filosofía moderna, a partir de estudios realizados a simios y elefantes, pone de relieve la capacidad de los animales para experimentar sentimientos que tradicionalmente se consideran humanos, como la aflicción y el altruismo. Se plantea, con base en ello, la posibilidad de los seres humanos de aprender emociones políticas de otras especies animales con las cuales tenemos «raíces comunes»¹³².

Las categorías jurídicas de perros guías y animales de compañía dejan en evidencia que el propio ordenamiento jurídico contempla los roles de apoyo y solidaridad que algunos animales desempeñan en la sociedad. El legislador reconoce que los animales tienen la capacidad de proporcionarnos apoyo fundamental para nuestro desempeño y en particular acompañar a un grupo humano vulnerable como son las personas con disminución física, sensorial o psíquica. Entre esas tareas se encuentran: asistir personas ciegas o con baja visión con el transporte; alertar a las personas sordas o con dificultad auditiva sobre la presencia de personas o sonidos; proveer protección no violenta o trabajo de rescate, empujar sillas de ruedas, asistir a una persona durante una incautación, alertar a personas acerca de la presencia de sustancias que pueden causar alergia, recuperar elementos como medicinas o el teléfono, proveer ayuda física y asistencia con el balance y la estabilidad de las personas con discapacidades de movilidad y ayudar a personas con

de los perros «Romeo y Salvador» en el curso de un proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio religioso. Aunque la Corte declaró improcedente la acción de tutela, el magistrado disidente Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, en su salvamento de voto, se pronunció sobre la necesidad de reconocer las familias multiespecie. Consideró que, el juzgador accionado cometió un desafuero que ameritaba la injerencia inmediata de la jurisdicción constitucional, porque la decisión que tomó de decretar el secuestro de los perros, ignoró la condición de seres sintientes de estos animales, así como el rol que cumplen dentro del contexto familiar en que actualmente están incorporados

¹²⁵ En 2010 un juez de Badajoz consideró que, al ser indivisible el animal de compañía, los excónyuges y copropietarios podían disfrutar periodos en los que el animal pudiera compartir con cada uno de ellos (Casas Díaz y Camps i Videllet, 2019, p. 81 citado por González, 2019). González, I. (2019). El fenómeno de las familias multiespecie y los desafíos que supone para el Derecho. Ediciones Jurídicas de Santiago, 163-176, https://www.researchgate.net/publication/344587201_El_fenomeno_de_las_familias_multiespecie_y_los_desafios_que_supone_para_el_Derecho
En el año 2014, un juez de Barcelona señaló, dentro de un proceso de divorcio, que la tenencia de animales de compañía genera lazos afectivos, por lo que esa tenencia debe ser definida judicialmente y no a discreción de las partes (Audiencia Provisional de Barcelona, Sección duodécima, Sentencia N.º 465, 2014)

¹²⁶ En Brasil, en 2015, se presentó un proyecto de ley para regular la custodia responsable del animal de compañía en cabeza del cónyuge con mayor relación afectiva (González, I. (2019). El fenómeno de las familias multiespecie y los desafíos que supone para el Derecho. Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 170-173, https://www.researchgate.net/publication/344587201_El_fenomeno_de_las_familias_multiespecie_y_los_desafios_que_supone_para_el_Derecho

¹²⁷ En Argentina, también se ha planteado la necesidad socioafectiva de las personas con los animales de compañía, así como la necesidad de reconocer la familia multiespecie, por lo que, en casos de divorcios, se debe reconocer derechos de familia como alimentos, sucesión, régimen de custodia y visita (González, M. V. (2020). La temática animal y la necesidad de las modificaciones al Código Civil, un aporte para el cambio. Miradas Latinoamericanas sobre Derecho Animal (pp. 12-16). https://www.academia.edu/45356281/Miradas_Latinoamericanas_sobre_Derecho_Animal_OBRA_COLECTIVA

¹²⁸ Actualmente, en EEUU se discuten dos criterios para establecer quién se debe quedar con la custodia del animal de compañía en el contexto de las separaciones familiares. El primero, apela a la propiedad sobre el animal: quien tenga mejor título para reclamarlo. El segundo, atiende al mejor interés del animal: este debe permanecer con quien le de las mejores condiciones de cuidado y amor para garantizarle una mejor vida (González, I. (2019). El fenómeno de las familias multiespecie y los desafíos que supone para el Derecho. Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 170-173

¹²⁹ (Loiseau, V; y Weidenlaufer, C. (2022) Legislación internacional y francesa sobre protección de los animales de compañía. Pp. 7-12, https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33483/1/BCN_proteccion_de_los_animales_de_compania_legislacion_internacional_y_francesa_2022_VF.pdf. En Francia, se han establecido diversas normativas para la protección de los animales; recientemente la Ley de 2021 contra el maltrato animal. Una medida novedosa es el «certificado de compromiso y conocimiento» obligatorio para los adquirentes de animales de compañía. Aunque se reconoce a los animales como seres vivos sintientes, aún están sujetos a las normas de propiedad. Algunas instituciones típicas de relaciones familiares se han extendido a los animales, como la adopción, la guarda, el régimen de visitas y alimentos.

¹³⁰ En el Expediente No. 01413-2017-PA/TC, el Tribunal Constitucional Peruano consideró que la tenencia de un animal de compañía es una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

¹³¹ Recientemente, la Corte Constitucional de Ecuador reconoció que los animales son sujetos de derecho en virtud de los derechos de la naturaleza que la Constitución de Ecuador reconoce (Caso «Mona Estrellita», 2022)

¹³² Nussbaum, Martha C, Emociones políticas ¿por qué el amor es importante para la justicia?, Traducción de Santos M., Albino, Ed. Paidós, Barcelona, 2014, p.p. 169 a 196. Según Nussbaum, «Los animales no humanos se preocupan y se aflijen; experimentan la compasión y la pérdida. Realizan actos de altruismo que parecen estar motivados por poderosas emociones. Hoy sabemos mucho sobre esas áreas del comportamiento animal y podemos elaborar conjeturas sólidamente fundamentadas acerca de las emociones que las sustentan. Estudiando las emociones y la conducta emocional de animales sociales complejos, como los simios y los elefantes, aprendemos mucho acerca de nuestro propio legado animal (...) [L]os mejores teóricos que se dedican a analizar la línea divisoria entre lo humano y lo animal no se encierran en posturas sectarias o reduccionistas acerca del alma. Una cultura política comprometida con una moral compartida de la dignidad humana puede anclar perfectamente sus políticas en los hallazgos de la ciencia en este terreno, siempre y cuando se abstenga de realizar inferencias prematuras acerca de lo que podría demostrarse o no sobre ciertos temas que dividen a las personas por su religión o su irreligión. Los científicos que estudian a los primates y los elefantes, y los experimentalistas que realizan investigaciones complementarias con bebés humanos, pueden proporcionarnos tres tipos de conocimientos muy necesarios para nosotros. En primer lugar, debemos hacernos una idea del terreno común que nos conecta con los demás animales: algo así como lo que podría ser nuestra herencia evolutiva común, esos «rasgos distintivos de mí mismo» que tanto agradecía Whitman, si bien deberíamos ampliar también nuestro estudio de manera que incluya a especies (los elefantes, por ejemplo) con las que no tenemos un enlace evolutivo directo, pues nos resultará muy esclarecedor contar con una mejor comprensión de la variedad de la naturaleza. Si estudiamos otros animales, no es simplemente por conocer mejor nuestra propia historia: es un ejercicio esclarecedor en la misma medida en que el estudio de otras culturas lo es, pues nos muestra a nosotros mismos bajo una luz más clarificadora gracias a la investigación de las formas en que otro grupo de seres inteligentes ha organizado el mundo. Algunos de las «rasgos distintivos» que los animales nos aportan nos brindan oportunidades, aunque otros constituyen limitaciones. Y el estudio de la conducta social animal es en sí mismo valioso, porque supone un reconocimiento de nuestra propia animalidad, una realidad que sería hipócrita negar. En segundo lugar, contrastando la conducta animal con lo que la psicología nos dice acerca del comportamiento humano, podemos empezar a entender hasta qué punto, y en qué aspectos, somos realmente especiales los seres humanos, cuáles son los recursos extraordinarios para el comportamiento moral de los que tal vez nosotros dispongamos y los simios no. Cuando el «terreno común» nos señale una limitación, como, por ejemplo, una estrechez o una excesiva parcialidad en nuestra capacidad para simpatizar, podremos preguntarnos con qué recursos especiales contamos para superarla».

discapacidades psiquiátricas y neurológicas, evitando o interrumpiendo comportamientos impulsivos o destructivos¹³³.

Lo anterior significa que existe un grado de reciprocidad en las relaciones modernas entre humanos y animales. Desde luego, no es la misma reciprocidad que puede presentarse entre la especie humana. Del animal, en principio, no se puede esperar solidaridad económica, por ejemplo. Sin embargo, estas diferencias no suponen desconocer el fenómeno social de las familias multiespecie. De hacerlo por esta sola distinción, se tendría que negar la posibilidad de las personas de conformar familias con niños de brazos o personas que por alguna razón no ofrecen la misma ayuda, solidaridad, cuidado o amor que les brindan los restantes miembros de la familia.

En cuanto a la existencia de consensos sociales sobre la existencia de la familia multiespecie, algunas teorías éticas sugieren ampliar la personalidad jurídica a los animales bajo la concepción de que existe un código genético común¹³⁴. Otras consideran que los animales tienen una dignidad propia, derivada de la sintiencia que los iguala con los humanos, lo que justifica un proyecto integral de subjetivación y reconocimiento de derechos¹³⁵. Autoras feministas narran sus experiencias personales con los animales de compañía en el marco de relaciones que autodenominan familia interespecie y advierten la necesidad de proyectar un mundo diverso y sin explotación animal como una verdadera reivindicación de sus derechos¹³⁶.

El 10 de noviembre de 2023, la Corte Constitucional llevó a cabo una sesión técnica dentro del expediente de tutela T-9.350.590¹³⁷, en la cual escuchó a diferentes profesionales, entidades, universidades y organizaciones que expusieron las razones en contra y a favor de la posibilidad jurídica de otorgar reconocimiento a los animales de compañía como integrantes de una familia.

Sin entrar a analizar el grado de aceptación que genera esa posibilidad en los intervinientes de la sesión técnica y en la opinión pública, la totalidad de promotores y la mayoría de detractores reconocen el hecho social de la familia multiespecie. Algunos críticos plantean que este fenómeno tiene pretensiones humanizadoras y corresponde a una nueva forma de maltrato animal y de antropocentrismo; otros analizan su incompatibilidad con el sistema jurídico y los absurdos a los que llevaría en el régimen de bienes y de herencia; otros hablan de la inutilidad de un status jurídico adicional. Estos

¹³³ Algunas de estas categorías fueron analizadas en la **sentencia C-048/20**. Art. 124 de la Ley 1801 de 2016. El concepto de animal de servicio o de asistencia corresponde a «cualquier perro individualmente entrenado para hacer trabajos o desarrollar tareas en beneficio de una persona con discapacidad, incluyendo discapacidad física, sensorial, psiquiátrica, intelectual u otra discapacidad mental. Otras especies de animales, sean salvajes o domésticas, entrenados o sin entrenar, no son animales de servicio para los propósitos de esta definición. El trabajo o tareas desarrolladas por un animal de servicio deben estar directamente relacionadas con la discapacidad de la persona. Ejemplos de trabajos o tareas incluyen, pero sin limitarse a estas, asistir personas ciegas o con baja visión con el transporte y otras tareas, alertar a las personas sordas o con dificultad auditiva sobre la presencia de personas o sonidos, proveer protección no violenta o trabajo de rescate, empujar sillas de ruedas, asistir a una persona durante una incautación, alertar a personas acerca de la presencia de sustancias que pueden causar alergia, recuperar elementos como medicinas o el teléfono, proveer ayuda física y asistencia con el balance y la estabilidad de las personas con discapacidades de movilidad y ayudar a personas con discapacidades psiquiátricas y neurológicas evitando o interrumpiendo comportamientos impulsivos o destructivos.» Definición de la Ley "American with Disabilities Act" de Estados Unidos -ley para personas con discapacidades de 1990-, analizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-048 de 2020

¹³⁴ Ética de la madre tierra, Pág 66. Según la visión biocéntrica de algunos autores, el planeta tierra es un «bien común» que no puede concentrarse solo en los seres humanos. Por ende, «Debe incluir a los demás seres de la creación y el bienestar de la Casa Común, pues sin ellos no existiríamos. Nosotros, como humanos, somos un eslabón, ciertamente singular, de la cadena de la vida. Poseemos los mismos elementos físicoquímicos con los que se construye el código genético de todo lo que vive. De ahí se deriva un parentesco objetivo con la comunidad de la vida. Ese es el fundamento para ampliar la personalidad jurídica a las montañas, a los ríos, a los bosques, a los animales y a todos los demás organismos vivos. Ellos tienen el derecho de ser, y deben ser respetados en su alteridad y su singularidad».

¹³⁵ Padilla, Villarraga. A. (2022). Derecho sintiente: los animales no humanos en el derecho Latinoamericano. En Ediciones Uniandes - Siglo del Hombre Editores eBooks. Págs 223,224 y 225. En su libro, Andrea Padilla, Ph.D en Derecho y quien se reconoce como activista, sostiene que los animales no humanos tienen la capacidad de sentir, razón por la cual existe una necesidad imperiosa de crear garantismos, esto, como fundamento de la dignidad animal. Dice Padilla que esta sintiencia podría aportar una base normativa-filosófica, jurídica y política- de un proyecto integral de subjetivación de los animales, es decir, «este atributo podría ser usado como base fáctica, igualadora y tangible de inclusión moral de los animales. Fáctica, porque la capacidad de sentir de los animales es un determinante biológico con altísima significancia moral; igualadora, porque parte de un común denominador o de un umbral que equipara moralmente a todos los animales que la poseen; y tangible, porque es comprobable en la experiencia diaria, gracias a la capacidad más poderosa con la que contamos la mayoría de animales para comprender al otro, a saber: la empatía»¹³⁵. Enfatiza que los animales sienten y tienen experiencias conscientes de su propio bienestar, es decir, buscan satisfacer lo que les hace bien y evitan lo que les hace daño. Para los animales no humanos, hacer lo que les gusta en su entorno les brinda satisfacción, a saber: «explorar su territorio, tener libertad para decidir y moverse, buscar alimento, compartir con su familia y compañeros, adquirir nuevos aprendizajes, desarrollar sus capacidades y cumplir sus expectativas, entre otras experiencias que tienen o eligen vivir de acuerdo con su potencial, gustos, preferencias y capacidades»¹³⁵. De la misma manera sucede cuando atraviesan por experiencias negativas, con las que pueden sentir tristeza, angustia, estrés y padecimiento, incluso, aquellas «podrían ser más intensas, dado que, a diferencia de nosotros, ellos parecen no tener la capacidad de simbolizar y consolarse mediante explicaciones racionales». Finalmente, refiere que los intereses de los animales son imprescindibles para su realización como individuos y miembros de una especie, por lo cual deberían ser salvaguardados como derechos de rango constitucional con mecanismos de protección legal y no como una extensión de la dignidad humana.

¹³⁶ Puleo, Alicia. H. (2019). Claves ecofeministas para rebeldes que aman a la Tierra y a los animales (primera). Plaza y Valdés. Págs 99 a 101

¹³⁷ Convocada mediante Auto 2564 proferido el 17 de octubre de 2023. La sesión puede consultarse en: <https://www.youtube.com/watch?v=IxbQC-M7U1s>

cuestionamientos también se han planteado en algunas columnas de opinión¹³⁸ y artículos de investigación¹³⁹. Todo indica que existen consensos sociales sobre la realidad que motiva a ciertos grupos de personas a identificarse como familias multiespecie.

A pesar de la novedad del tema, ya existen investigaciones académicas en el departamento de Santander¹⁴⁰ que argumentan la necesidad de reconocer la familia multiespecie, como consecuencia del rol que desempeñan los animales de compañía en las dinámicas familiares, el afecto que reciben en ese entorno y el trato que se les otorga como miembros de la familia y no solo como seres sintientes. En esta investigación se propone que el modelo de familia de crianza, caracterizado únicamente por lazos materiales afectivos (amor, cuidado, protección y responsabilidad), podría servir para la construcción conceptual de la familia multiespecie. Se propone como concepto de familia multiespecie el siguiente:

Un conjunto de individuos o grupo que conviven bajo el mismo techo y están unidos principalmente por lazos de afectividad entre sus miembros, además, tienen como característica la inclusión de más de una especie (humano/animal). Para que se dé este tipo de familia, los integrantes deben reconocer a la mascota como parte de esta¹⁴¹.

Otras voces advierten sobre la expectativa social del reconocimiento jurídico de la familia multiespecie, con el fin de que sea protegida, apoyada y tratada de forma igualitaria ante el Derecho¹⁴². Según esta visión, la familia multiespecie es

Una familia que ha integrado a animales de compañía en la estructura familiar. No se trata meramente de la integración del animal en el entorno familiar o dejar vivir a un animal dentro del hogar, sino que en una familia multiespecie existen lazos de afectividad y reconocimiento entre los miembros en una relación de horizontalidad, donde el animal no humano no es visto como inferior, sino que tiene su propio espacio en el hogar y su propio rol en la familia. El fenómeno de la familia multiespecie obedece a la calidad de miembro de la familia que los miembros humanos reconocen en sus animales de compañía.

Todo lo anterior evidencia que la familia multiespecie es una realidad social, específicamente, una manifestación de la diversidad familiar, en la que el ser humano y los animales de compañía se relacionan a través de vínculos de afecto, cuidado, protección y solidaridad, y el deseo de hacer unidad de vida o de destino por parte de los humanos integrantes.

Así, entonces, teniendo en cuenta que el Constituyente de 1991 no dijo nada sobre el reconocimiento jurídico de la realidad social descrita -no pudo preverlo y regularlo, porque es posterior-, la laguna normativa¹⁴³ se debe colmar partiendo del concepto dinámico de familia reconocido por la Corte Constitucional, el cual, como se dijo atrás, abarca todas las formas de reconfiguración de las relaciones familiares que van surgiendo con los cambios sociales, socioeconómicos y culturales, entre ellos, la familia multiespecie.

3.4.4. El reconocimiento jurídico de la familia multiespecie desarrolla en mayor medida los principios constitucionales de bienestar y protección animal

¹³⁸ ¿Qué implica el reconocimiento de un animal como miembro de una familia? (s/f). Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/que-implica-el-reconocimiento-de-un-animales-como-miembro-de-una-familia>; Algunos reconocen que los animales son considerados miembros de la familia humana con un papel activo en la dinámica familiar, pero plantean las cuestiones problemáticas que puede generar este reconocimiento. Sáez-Olmos, J., Caravaca-Llamas, C. y Molina-Cano, J. (2023). "La familia multiespecie: cuestión y reto multidisciplinar". Aposta. Revista de Ciencias Sociales, 97, 8-27, <http://apostadigital.com/revistav3/hemeroteca/saezol.pdf>

¹³⁹ Una categorización de los animales y una definición de los animales de compañía (S/f-d). Edu.pe. de <https://revistas.unsaac.edu.pe/index.php/ry/article/download/1071/1287> pág 229, 230, 232, 233, 234 y 235.

¹⁴⁰ Monroy Celis, T., Monsalve Mantilla, M., & Pineda Ardila, J. (2021). La familia y los animales: nuevo reto jurídico. IUSTITIA, (19), 67-90 <https://doi.org/10.15332/iust.v0i19.2807>

¹⁴¹ Carmona et al, 2019, pp.87. Cita del artículo.

¹⁴² Geissler, Disconzi, & Flain, 2017, pág. 4

¹⁴³ La laguna se presenta cuando «los hechos del caso no encajan bajo ninguna norma del sistema (...) una laguna es una incompletud del sistema jurídico, un vacío del mismo, pues no establece nada tal sistema, en ninguna de sus normas, sobre cómo debe materialmente resolverse el conflicto resultante de esos hechos» García Amado, Juan Antonio, Razonamiento jurídico y argumentación, Zela, 2017, p.41.

Colombia es un país megadiverso¹⁴⁴ que rechaza una visión antropocéntrica¹⁴⁵ y utilitarista de la naturaleza¹⁴⁶. La persona humana no es «el centro y la razón de ser del universo, con facultad ilimitada para disponer de aquello a su alrededor»¹⁴⁷.

En el derecho colombiano, los animales son seres sintientes, no cosas¹⁴⁸. Gozan de una protección especial y todo acto humano que les cause sufrimiento injustificado está prohibido y penalizado. Se les reconoce el status jurídico de «seres sintientes» y se les reconoce «valor propio»¹⁴⁹, no solo como parte de la naturaleza¹⁵⁰ ni solo por ser necesarios para «la realización» del ser humano¹⁵¹.

Diferentes disposiciones constitucionales¹⁵² reconocen el interés superior de la naturaleza y reconfiguran su relación con los seres humanos. Estos últimos forman parte integrante del ambiente, al igual que los ríos, las montañas y los animales, todos ellos objetos de protección. Las implicaciones jurídicas y sociales de este conjunto de normas en la sociedad colombiana han llevado a que nuestro ordenamiento jurídico superior sea reconocido como la «Constitución ecológica o verde»¹⁵³

Una de tales repercusiones es que el ser humano tiene el deber constitucional de solidarizarse con los animales¹⁵⁴. Los mandatos de protección y bienestar animal se traducen en diversas obligaciones que recaen sobre las personas, las cuales, en ocasiones, implican fuertes restricciones a sus derechos fundamentales. Según el legislador, la relación humano y animal se debe basar en «el respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, así [como] cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel»¹⁵⁵. En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado que existe «un contenido de moral política y de conciencia de la responsabilidad que deben tener los seres humanos respecto de los otros seres sintientes»¹⁵⁶.

Son postulados concretos del bienestar animal, al menos, los siguientes: (i) no ser sometidos a sed, hambre y malnutrición; (ii) no ser mantenidos en condiciones de incomodidad, en términos de espacio físico, temperatura ambiental, nivel de oxigenación del aire, entre otros; (iii) ser atendidos frente al dolor, la enfermedad y las lesiones; (iv) no ser sometidos a condiciones que les genere miedo o estrés; y (v) tener la posibilidad de manifestar el comportamiento natural propio de su especie¹⁵⁷.

En este contexto, y admitiendo el poder del lenguaje en la sociedad y la función prescriptiva del derecho, este Tribunal considera que el reconocimiento jurídico del concepto de familia multiespecie desarrolla en mayor medida la Constitución ecológica y optimiza en mayor grado los principios constitucionales de protección y bienestar animal. La familia multiespecie es una representación conceptual de una relación de afecto, protección, solidaridad, cuidado y amor hacia los animales. De esta manera, su

¹⁴⁴ Sentencia C-519 de 1994.

¹⁴⁵ Sentencias T-436 de 2014 y recientemente T-142 de 2023

¹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia T-142 de 2023

¹⁴⁷ Steven M. Wise, "Sacudiendo la jaula. Hacia los derechos de los animales"; Tirant lo blanch; Valencia; 2018; segunda edición; págs.29 a 48.

¹⁴⁸ El reconocimiento jurídico de esta realidad biológica lo hizo el propio legislador en la Ley 1774 de 2016, siguiendo la extensa jurisprudencia constitucional fijada desde la sentencia C-666 de 2010. En esa oportunidad, la Corte Constitucional, además de aclarar que los animales no pueden ser considerados solamente como objetos, sino que son seres sintientes que deben ser cuidados y protegidos, porque así lo impone el respeto por nuestro entorno y el principio de dignidad humana, que proscribía el maltrato de tales seres. En consonancia con ello, el art. 1º de la mencionada Ley 1774 dispone: «Los animales como seres sintientes no son cosas, recibirán especial protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, el causado directa o indirectamente por las humanas, por lo cual en la presente ley se tipifican como punibles algunas conductas relacionadas con el maltrato a los animales, y se establece un procedimiento sancionatorio de carácter policivo y judicial». El respeto y protección de los animales ya había sido objeto de regulación en la Ley 84 de 1989, pero sin las implicaciones normativas y simbólicas de reconocer el status jurídico de «seres sintientes». Recientemente la Corte abordó estos temas en la sentencia T-142 de 2023.

¹⁴⁹ Sentencia SU-016 de 2020

¹⁵⁰ Sentencias C-666 de 2010 y T-608 de 2011

¹⁵¹ T-436 de 2014

¹⁵² El Preámbulo y los artículos 2, 8, 11, 44, 49, 58, 66, 67, 78, 79, 80, 81, 82, 215, 226, 268.7, 277.4, 282.5, 294, 289, 300.2, 301, 310, 313.9, 317, 330.5, 331, 332, 333, 334, 339, 340 y 366.

¹⁵³ Sentencias T-254 de 1993, C-041 de 2017, C-750 de 2008 y C-595 de 2010 En la sentencia T-411 de 1992, la Corte sostuvo que de una lectura sistemática, axiológica y finalista surge el concepto de Constitución Ecológica. El concepto de medio ambiente que contempla la Constitución de 1991 es un concepto complejo en donde se involucran los distintos elementos que se conjugan para conformar el entorno en el que se desarrolla la vida de los seres humanos, dentro de los que se cuenta la flora y la fauna.

¹⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-467 de 2016

¹⁵⁵ art. 3º de la Ley 1774 de 2016

¹⁵⁶ Sentencia C-666 de 2010.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-467 de 2016

reconocimiento jurídico logra, sin necesidad de coacción, el propósito que persiguen las normas constitucionales que establecen los deberes y prohibiciones atrás analizados.

3.4.5. El derecho a la familia multiespecie es inherente a la persona humana por su relación funcional con la dignidad

La Corte Constitucional ha reconocido diversas posiciones jurídicas derivadas de la dignidad humana¹⁵⁸. Este Tribunal hace énfasis en cinco de ellas:

La primera, comprendida desde el ámbito de la autonomía individual, establece que la dignidad humana es **la posibilidad de todas las personas de elegir un proyecto de vida y de determinarse según esa elección**¹⁵⁹

La segunda, percibida desde el ámbito de la libertad, prescribe que la dignidad humana es el derecho de toda persona a **«contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles, de tal forma que tanto las autoridades del Estado, como los particulares deberán abstenerse de prohibir e incluso de desestimular por cualquier medio, la posibilidad de una verdadera autodeterminación vital de las personas, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo»**¹⁶⁰.

La tercera, aborda la dignidad humana desde las condiciones materiales de existencia necesarias para desarrollar el proyecto de vida¹⁶¹. Según esta faceta, la dignidad humana «garantiza[] las condiciones necesarias para una existencia materialmente apropiada y acorde con el proyecto de vida que cada ciudadano le imprime a su devenir y **privilegia la autonomía personal como requisito elemental de una sociedad democrática y pluralista**, en el sentido de que constituye la expresión de la capacidad de autodeterminación, de la potestad de exigir el reconocimiento de ciertas condiciones materiales de existencia o la manifestación de la intangibilidad de la integridad física y moral»¹⁶²

La cuarta, concebida desde la solidaridad con otros seres sintientes, se traduce en que **«la propia dignidad humana impone un principio de reconocimiento y de respeto hacia las demás formas de vida que tienen capacidad de sentir**. Dentro de esta aproximación, aunque la persona es el fin primordial del Estado, y aunque su consideración moral constituye la piedra angular de la Constitución Política, la noción misma de dignidad, que envuelve un principio de solidaridad respecto de todas las formas de vida sintientes, genera obligaciones respecto de los animales. De modo pues que la superioridad moral de los hombres incluye, precisamente, el reconocimiento y respeto de otras formas de vida que, al igual que la humana, tienen la capacidad de sentir, así como el deber de evitar el sufrimiento, el daño y el maltrato»¹⁶³.

La dignidad humana, en todas las facetas o posiciones jurídicas analizadas, es inherente a los niños, niñas y adolescentes, quienes, según la jurisprudencia, también **cuentan con la posibilidad de tener un plan de vida y de tomar decisiones de acuerdo con este plan**¹⁶⁴. Bajo este entendimiento, la Corte ha sostenido que la opinión de los niños en aspectos esenciales como su cuerpo y su sexualidad es fundamental. El niño «no es propiedad de sus padres, sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo»¹⁶⁵

¹⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia T-881-02. Algún sector de la doctrina crítica esta conceptualización y asimila la primera faceta del derecho a la dignidad humana con un contenido concreto del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Carvajal, Bernardo Sánchez, La Dignidad Humana como norma de derecho fundamental, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2020, Pág. 232 y s.s. La Sala se referirá a diferentes posiciones jurídicas del derecho a la dignidad humana que han sido reconocidas por la Corte Constitucional a lo largo de su extensa jurisprudencia.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002

¹⁶⁰ Corte Constitucional, sentencia T-881 de 2002

¹⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-881/02

¹⁶² Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2016

¹⁶³ Corte constitucional, sentencia C-467 de 2016

¹⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-250/19

¹⁶⁵ Sentencia T-477 de 1993

De acuerdo con los anteriores contenidos normativos que se adscriben al principio constitucional de dignidad humana, la posibilidad de las personas, en particular de los niños, niñas y adolescentes, de elegir un proyecto de vida familiar, encaminado a construir vínculos afectivos con sus animales de compañía, caracterizados por los valores de respeto, solidaridad y amor; de darles un nombre, asignarles un rol dentro del ambiente familiar, implicarlos en sus proyectos de vida y reconocerlos como sus hijos, sus hermanos o sus nietos; y percibir esa realidad como una familia multiespecie, no es otra cosa que una expresión de la dignidad humana en sus facetas de autonomía y libertad. Así lo evidencian las diversas posiciones jurídicas que se podrían derivar del derecho fundamental a la familia multiespecie¹⁶⁶.

Los derechos fundamentales, entendidos como mandatos de optimización, le imponen a las autoridades y a la sociedad deberes correlativos de respeto, protección, no intervención y no desincentivación de las distintas manifestaciones de la dignidad humana cuando no existen razones de orden constitucional para restringirlas. Una manera de obedecer dichos deberes es mediante el reconocimiento de la capacidad que poseen los seres humanos para ser artífices de su propio proyecto de existencia. Esto implica respetar sus propios juicios sobre la realidad y la posibilidad de emanciparse de las cosas tal como son o como han llegado a ser¹⁶⁷. La comprensión de la dignidad humana como máxima libertad y ausencia de oposición al ingenio y voluntad humanos no supone ninguna novedad¹⁶⁸.

3.4.6. El derecho a la familia multiespecie puede traducirse en un derecho subjetivo¹⁶⁹.

La Corte Constitucional ha reconocido la calidad de sujeto de derechos a algunos elementos de la naturaleza diferentes a la persona humana. Sin embargo, en los últimos años ha negado categóricamente la posibilidad de reconocer dicho status a los animales. Según la Corte, los mandatos constitucionales de protección a los animales no desencadenan ni la existencia de un derecho fundamental en cabeza de estos, ni su exigibilidad por medio de la acción de tutela, porque son intereses difusos, no individualizables¹⁷⁰.

Esta circunstancia, sin embargo, no supone un impedimento en este caso para reconocer el derecho fundamental a tener una familia multiespecie y a no ser separada de ella, dado que quien pretende su reconocimiento y exigibilidad es una niña, titular de todos los derechos inherentes al ser humano¹⁷¹.

¹⁶⁶ Se plantean a modo enunciativo las siguientes: (i) El derecho de toda persona frente al Estado y la sociedad de elegir un determinado proyecto de vida consistente en conformar una familia multiespecie y de determinarse según esa elección, (ii) El derecho de toda persona frente al Estado y la sociedad de contar con el máximo de libertad y con el mínimo de restricciones posibles para conformar una familia multiespecie, como posibilidad de una verdadera autodeterminación vital, bajo las condiciones sociales indispensables que permitan su cabal desarrollo, (iii) El derecho de toda persona a que el Estado y la Sociedad se abstengan de prohibir o incluso de desestimular por cualquier medio su proyecto de vida y su capacidad para autodeterminarse consistente en conformar una familia multiespecie, así como la potestad de exigir el reconocimiento de ciertas condiciones materiales de existencia, (iv) El derecho de toda persona de no sufrir menoscabo en su integridad moral mediante actos que impliquen el maltrato de su familia multiespecie o una ruptura con su familia multiespecie, y (v) El derecho a dispensar cuidado, respeto y solidaridad a los animales en un grado mayor a los que imponen las normas sobre protección y bienestar animal, y las que prohíben el maltrato animal, y a no ser desincentivado por el Derecho

¹⁶⁷ Celso, La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt, Fondo de Cultura Económica, S.A. de C.V., 1991, México D.F., pág. 339

¹⁶⁸ En este sentido, paradójicamente Hobbes sostiene que el silencio de la ley siempre debe ser interpretado en favor de la libertad máxima de «los súbditos»: «En aquellos casos en los que el soberano no ha prescrito ninguna regla, el súbdito tendrá la libertad de hacer o de omitir, según su propia discreción». Según esta concepción del concepto de libertad, esta debe comprenderse como «ausencia de oposición». El hombre libre es, en entones, «aquel que, en aquellas cosas que puede hacer en virtud de su propia fuerza e ingenio, no se ve impedido en la realización de lo que tiene voluntad de llevar a cabo» Vallejo Serna, César Mauricio, La política como fundamento de la libertad, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 187

¹⁶⁹ Sentencia T-235 de 2011. Según la Corte Constitucional, la «posibilidad de traducción en derechos subjetivos» de es un asunto que debe analizarse en cada caso y hace referencia a la posibilidad de determinar la existencia de una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado o, en otros términos, de establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado por vía de tutela, a partir de consensos doctrinales o normativos.

¹⁷⁰ Sentencia T-095 de 2016. En esa oportunidad la Corte señaló: «la acción de tutela es improcedente para la protección del deber constitucional de protección animal, como quiera que no se puede extraer la existencia de un derecho, mucho menos su fundamentabilidad, ni la exigibilidad para ser protegidos por medio de la acción de tutela». Recientemente, en la sentencia T-142 de 2023, la Corte expresamente sostuvo que «la acción de tutela es improcedente para la protección del deber constitucional de protección animal, como quiera que no se puede extraer la existencia de un derecho fundamental, ni la exigibilidad para ser protegido por medio de la acción de tutela». Aclaró que la autoridad judicial competente para hacer cumplir las normas sobre protección animal es el juez popular.

¹⁷¹ Este Tribunal plantea este argumento atendiendo el alcance que la Corte Constitucional le ha dado al concepto de derechos subjetivos cuando ha negado el reconocimiento de derechos fundamentales a los animales, por ejemplo, en el caso del oso Chucho. Al margen de ello, se precisa que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, no porque su titular sea un sujeto dotado de capacidad jurídica ni porque su titular tenga la posibilidad de hacerlos efectivos ante los jueces. Borowski critica este tipo de conceptualizaciones, que se derivan de las teorías clásicas de la voluntad y del interés, las cuales se contraponen mutuamente. La primera, según la cual derecho subjetivo es igual a poder de voluntad o dominación de voluntad conferida por

3.4.7. La no inclusión del modelo de familia multiespecie en el concepto dinámico de familia previsto en el art. 42 de la Constitución carece de un principio de razón suficiente

El Tribunal no encuentra razón alguna derivada de las normas constitucionales que justifique válidamente la exclusión de algún modelo emergente de configuración familiar que sea producto de los cambios sociales, socioeconómicos y culturales, en este caso, la familia multiespecie. Esta categoría jurídica se reconoce porque es la reproducción de una realidad preexistente y, por tanto, encaja dentro del concepto dinámico de familia atrás analizado. A su vez, se reconoce el derecho a la unidad familiar multiespecie en cumplimiento del art. 94 de la Constitución Política.

No existe prohibición constitucional o legal en torno a la conformación de familias multiespecie. Como se explicó con antelación, este modelo de familia desarrolla los mandatos de optimización relacionados con la protección y bienestar animal, incluso más allá de lo que exige el ordenamiento jurídico. Y las manifestaciones de afecto, cuidado y solidaridad hacia el animal no están prohibidas.

Los abusos y el maltrato hacia el animal están prohibidos y penalizados, de manera que, de llegarse a presentar al interior de una familia multiespecie, procedería la correspondiente sanción. El reconocimiento de un derecho no depende de la aceptación que de ellos haga la sociedad (derechos contramayoritarios) ni de los peligros que genere su reconocimiento, como en el caso lo sería el maltrato de los animales a través de procesos humanizadores que les impida el ejercicio de su propia naturaleza. De lo contrario, no podría reconocerse el derecho de las mujeres ni de los niños, niñas y niños a la familia, porque es en el entorno familiar donde más sufren violencia.

Ante la falta de justificación constitucional, la exclusión del concepto de familia multiespecie en el enunciado del art. 42 de la Constitución sería discriminatoria.

3.4.8. Todo lo anterior permite concluir que existe una norma adscrita de derecho fundamental que se deriva de los arts. 42 y 94 de la Constitución Política, entre otras normas, que reconoce el derecho de toda persona humana a tener una familia multiespecie y a no ser separada de ella, del cual se deriva, entre múltiples posiciones jurídicas, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la unidad familiar multiespecie.

3.5. El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener un proyecto de vida en relación con el territorio como manifestación de la dignidad humana -derecho al arraigo-

La accionante pide que se reconozca su derecho a tener un proyecto de vida en la zona rural del municipio de Lebrija, Santander, donde actualmente reside con su abuela y su familia multiespecie.

La jurisprudencia ha reconocido que el territorio no es solamente el espacio físico en el que determinadas personas o el Estado ejercen derechos de propiedad, sino que también es «un conjunto de relaciones, parámetros y orientaciones de orden demográfico, urbanístico, rural, ecológico, biofísico, sociológico, económico y cultural»¹⁷², y que

el orden jurídico; y la segunda, según la cual los derechos subjetivos son “intereses jurídicamente protegidos”. Alexy y Borowski descartan estas dos definiciones, argumentando que es más adecuada la expresión “posiciones jurídicas” en tanto que cada derecho fundamental es “un todo que incluye un haz de posiciones individuales jurídicas, siendo ese haz de posiciones las que determinan el contenido concreto del derecho fundamental. Borowski, Martín, La estructura de los derechos fundamentales, Universidad Externado de Colombia, 2003, Bogotá, pp. 42 y 43. Teniendo claro que en Colombia la exigibilidad no es un presupuesto para el reconocimiento de un derecho fundamental, se considera que un derecho es subjetivo porque puede expresarse en una posición jurídica subjetiva de carácter iusfundamental en el evento enjuiciado, o en otros términos, se puede establecer si están plenamente definidos el titular, el obligado y el contenido o faceta del derecho solicitado, a partir de consensos doctrinales, jurisprudenciales o legales. Este concepto ha sido parcialmente reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia T-235 de 2011. Entonces, si se reconoce que las normas constitucionales consagran una posición jurídica en la que se puede determinar el titular del derecho (animal), el destinatario del objeto del derecho (Estado y sociedad), y el objeto del derecho (a no ser maltratado, a no sentir hambre, a no ser utilizado en espectáculos circenses, etc.), se está afirmando que ese titular tiene un derecho subjetivo.

¹⁷² Corte Constitucional, sentencias C-795 de 2000 y T- 530 de 2016

«involucran una gran interrelación y articulación entre los miembros de la sociedad y su entorno cultural y natural»¹⁷³.

Desde la antropología, la ruptura de las comunidades humanas con el territorio, ya sea de manera voluntaria (migración) o involuntaria (desplazamiento forzado), se aborda desde la idea del arraigo, lo cual supone una relación fija entre el Estado-nación, la sociedad y la cultura. A partir del concepto de arraigo, «se suele pensar a la gente, y ellos se piensan a sí mismos, como estando enraizados en un lugar y que su identidad se deriva de ese enraizamiento»¹⁷⁴. El arraigo y la posibilidad de construir un proyecto de vida en relación con el territorio, han sido analizados en el contexto de fenómenos de reubicación de cascos urbanos antiguos en algunos municipios de Colombia¹⁷⁵.

De acuerdo con el DLE, el arraigo es la posibilidad de una persona de «echar raíces» en un lugar o de «establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas». Este concepto no es novedoso en el derecho colombiano. El legislador lo ha utilizado para referirse al vínculo que por razones sociales o familiares tiene una persona con el lugar donde reside de manera fija y estable¹⁷⁶. La Unidad para las Víctimas, refiriéndose al desarraigo que sufren las comunidades étnicas cuando son separadas de su territorio, ha dicho que el «arraigo al territorio (...) va más allá de la concepción material o mercantilista de las cosas y tiene que ver más con la integralidad de una forma de vida ser humano – cosmos. Por tanto, el desarraigo que sufren estas comunidades supone un cambio profundo en sus formas de vida, así como en sus relaciones, al interior de estas y con personas externas»¹⁷⁷. La Corte Constitucional se ha referido recientemente al «arraigo territorial» como «elemento central para la identidad cultural y que implica cambios sustanciales para el modo de vida de una comunidad étnica»¹⁷⁸.

La academia, a partir de diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación con los fenómenos del desplazamiento forzado y el despojo de tierras, ha propuesto el concepto de «derecho fundamental al arraigo»¹⁷⁹ como respuesta al daño independiente que sufren algunos pueblos indígenas, el cual incide «en la identidad cultural de los afectados alterando sus modos de vida, sus costumbres y su cosmovisión; esto ocurre no solo con población afrodescendiente e indígena, sino también con los campesinos que tienen sus tradiciones y proyecto de vida ligados a sus rutinas agrícolas»¹⁸⁰.

¹⁷³ Sentencia T-445 de 2016. El concepto de territorio y sus implicaciones en el caso concreto del Amazonas fueron analizadas en la obra colectiva Voces de la Amazonía. Atehortúa A, Cara; Sánchez Z, Diana C, Desafíos y potencialidades del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos para el ordenamiento territorial amazónico, Editor Tole Martínez, Julián, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2021, pag. 224.

¹⁷⁴ SIERRA CABALLERO, Francisco (Ed). Teoría del Valor, comunicación y territorio. Siglo Veintiuno Editores. Buenos Aires. 2019. Pág. 261.

¹⁷⁵ ROJAS CABAL, Sebastián y DURÁN CRANE, Helena. Entre dos pueblos: desastre, desplazamiento ambiental y reasentamiento en Gramalote, Norte de Santander. Dejusticia. Bogotá D.C. 2021. Págs. 80 a 93. El concepto de arraigo, por ejemplo, se ha analizado en los fenómenos de desplazamiento rural de los pobladores de Gramalote, Norte de Santander, debido a la destrucción y reubicación del antiguo casco urbano. En ese caso, según la investigación realizada por Sebastián Rojas Cabal y Helena Durán Crane, las personas que habitaban el pueblo, tanto los de mayor edad, como los niños y adolescentes, experimentaron sentimientos de dolor y angustia al tener que adaptarse a las nuevas formas de relación que implicaron su desplazamiento a ciudades como Cúcuta. Desde la falta de oportunidades laborales hasta el matoneo de los niños campesinos al interior de los colegios. Se hicieron esfuerzos para que no se perdiera la identidad de la comunidad con la demolición del antiguo casco urbano, para lo cual se mantuvo la antigua estructura de la iglesia central del pueblo. Sin embargo, el diseño del nuevo casco urbano incidió en la comunidad no lo acepte o perciba como suyo; por ejemplo, todas las viviendas deben permanecer pintadas de blanco, exigencia frente a la cual muchas personas, a fin de darle singularidad a sus viviendas, han pintado algunas de sus estructuras con diferentes colores. Las dificultades no se presentaron solo en la reubicación del casco urbano, sino en el hecho de que la comunidad se percató de que el pueblo de Gramalote no solo estaba constituido por las casas, sino también por las diferentes dinámicas y relaciones sociales y económicas de sus habitantes, todo lo cual genera un sentimiento de arraigo. Para los investigadores del fenómeno, un reasentamiento humano tiene varios retos que dependen, al menos, de tres elementos: i) las acciones que hayan tomado el Estado, las organizaciones locales y la población afectada para preservar el sentido de comunidad a pesar de la dispersión; ii) la autonomía que tenga la población para habitar el espacio de mejor manera posible y iii) la consolidación de dinámicas productivas capaces de solventar las necesidades financieras del nuevo casco y comunidad»

¹⁷⁶ Ley 906 de 2004. «ARTÍCULO 312. NO COMPARECENCIA. Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores: 1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto». La Corte Suprema de Justicia ha analizado este concepto (CSJ SP6348-2015, 25 may. 2015, rad. 29581): "La expresión arraigo, proveniente del latín ad radicare (echar raíces), supone la existencia de un vínculo del procesado con el lugar donde reside, lo cual se acredita con distintos elementos de juicio, entre otros, tener una residencia fija y estable, vivir en ella junto con la familia y estar presto a atender el requerimiento de las autoridades (...) el arraigo se relaciona con el vínculo -en este caso del sentenciado-, con el lugar donde reside o residirá»

¹⁷⁷ Unidad para las Víctimas, Informe Semestral de Desplazamiento Forzado 2022-1. Disponible en: <https://datospaz.unidadvictimas.gov.co/informe-semestral-desplazamiento-forzado/>

¹⁷⁸ Sentencia T-445 de 2022.

¹⁷⁹ Hurtado, L.F & Moncayo, A.D (2015). El derecho al arraigo frente al desplazamiento forzado en comunidades indígenas en Colombia. Inciso n°17: 153-161. Se plantea la necesidad de independizar este derecho de cualquier otro fundamental como «presupuesto de reconocimiento y por cuanto elemento de protección que permita ser amparado de manera directa sin tener que recurrir a interpretaciones conexas con otros derechos y, en segundo lugar, logrando primeramente un desarrollo jurisprudencial donde la Corte Constitucional establezca los elementos que conforman el núcleo esencial y los alcances del mismo, lograr medidas efectivas de reparación que satisfagan sus elementos fundamentales. Así pues, el derecho fundamental al arraigo de los pueblos indígenas, sirve tanto de presupuesto previo en defensa de su territorio, como posterior para su protección futura a la hora del regreso»

¹⁸⁰ William Fernando Martínez Luna y Martha Liliana Gutiérrez Salazar, "Despojados y desplazados: una mirada a la justicia de restitución de tierras desde

En Santander, se han realizado investigaciones¹⁸¹ para documentar los aspectos sociales y culturales que definen la identidad de la región. Se destaca una relación especial con el campo en algunos municipios, con ocasión de diversas actividades tradicionales como el cultivo de orquídeas, café, tabaco, yuca, plátano y corozo, así como la producción de panela, quesos, bocadillos, avicultura, procesamiento de fique, extracción de aceites esenciales, apicultura y aviturismo, entre otras. Esta conexión con el campo lleva a que los habitantes rurales se autodenominen como «hombres y mujeres, campesinos, hijos de la tierra». Surge el concepto de «Santander campesino» que refleja la comprensión del territorio como un espacio donde «convergen manos, herramientas, voluntades, tradición y pertenencia». En el municipio de Lebrija, donde reside la menor M.J.G.G., la identidad se centra en el cultivo de piñas, evidenciada en el lema «Lebrija, capital piñera de Colombia»¹⁸². Esta identidad ha generado una economía gastronómica y turística en torno a la piña, con productos típicos y experiencias turísticas particulares¹⁸³. En algunas entrevistas realizadas a los pobladores de la zona rural de Santander, se advierte el arraigo que sus habitantes experimentan¹⁸⁴ y que hacen eco de las manifestaciones que la accionante plantea en su escrito de tutela.

A partir de un enfoque territorial de los derechos fundamentales, el Tribunal reconoce la relevancia del derecho al arraigo, como manifestación de la dignidad humana¹⁸⁵. Este derecho se concreta en la posibilidad de los niños, niñas y adolescentes de elegir un plan de vida vinculado a un territorio rural específico dentro del país, el cual ofrece condiciones geográficas, económicas, sociales y culturales distintas a las de la ciudad. Por tanto, hay lugar a ampararlo ante restricciones desproporcionadas de las autoridades.

D. Análisis de las pruebas

Con fundamento en el material probatorio válidamente recaudado, el Tribunal encuentra probado lo siguiente:

1. La menor M.J.G.G. es una niña de 7 años¹⁸⁶. Según afirma en su escrito de tutela -y no hay razones para dudar-, desde que nació ha vivido en la zona rural del municipio de Lebrija¹⁸⁷, ubicado a 21 kilómetros de Bucaramanga, Santander.
2. La menor estudia en el Liceo San Fernando de Lebrija. En el año 2023 cursó el grado 2º de primaria¹⁸⁸.
3. Según el escrito de tutela, actualmente la niña M.J.G.G. convive únicamente con su abuela paterna, la señora R.O, quien cuenta con 59 años de edad¹⁸⁹.
4. La menor afirma en su escrito de tutela que es parte de una familia multiespecie, conformada por los siguientes animales: dos perros de raza criolla, de nombres Niña y

sus sentencias", en *Dikaion* 32, 1 (2023), e3214. Disponible en: <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.4>; Hurtado, L.F & Moncayo, A.D (2015). El derecho al arraigo frente al desplazamiento forzado en comunidades indígenas en Colombia. N°17: 153-161, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5657577.pdf>. Estos artículos citan, a su vez, diferentes pronunciamientos y artículos académicos sobre el derecho al arraigo, entre ellos: Auto 004 de 2009, de la Corte Constitucional, Sentencia de 20 de noviembre de 2013; Corte IDH, Caso de las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Sentencia de 29 de julio de 2014, Rad. 132443121001-2013-00025-00; Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena, M. P. Laura Elena Cantillo Araújo; Sebastián Angulo Patiño y Cristian Solís, "Reparación integral: un acercamiento de la restitución de tierras en Colombia a la luz de la rizomática y principalística del arraigo", en *Advocatus* 19 (37) (2021), pp. 10-29.

¹⁸¹ Corina Buendía Grigoriu, Leonardo Avendaño Vásquez e Iván Darío Porras Gómez, (eds). (2022) Santander tierra de saberes. Ediciones Universidad Industrial de Santander. Pp. 1 a 139.

¹⁸² Página oficial del Municipio de Lebrija, la cual se puede consultar en: <https://www.lebrija-santander.gov.co/MiMunicipio/Paginas/Sitios-de-Interes.aspx>

¹⁸³ Dada esa «identidad piñera», como sus habitantes la denominan, se ha generado una economía de mercado gastronómico y turístico en torno a la piña, que incluye la elaboración de productos típicos y experiencias turísticas para conocer la flor de la piña, su crecimiento, la recolección en catabras, las formas de pelar la piña, etc. Esta región de Colombia también se caracteriza por sus ríos, lagunas y pozos, así como por sus aves, lo que también ha incidido en su economía de turismo, que incluye el avistamiento de las aves que transitan a lo largo del corredor entre la Serranía de los Yarigües, la Serranía de la Paz, el Magdalena medio y el embalse del Topocoro

¹⁸⁴ Ob. cit. Santander tierra de saberes. Una de las entrevistas se registra en la obra citada así: «Leidy se reconoce a sí misma como una campesina a todo honor: «Nací en el campo, vivo en el campo y vivo para el campo; es la herencia de mis mayores y es mi orgullo haber tomado la decisión de quedarme, de estar haciendo lo que hago y ver que este esfuerzo va poco a poco cosechando las esperanzas sembradas en él»

¹⁸⁵ El alcance del derecho fundamental a la dignidad humana fue analizado en el ítem 3.4.5.

¹⁸⁶ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 15. OneDrive: Documento 02Escrito Tutela y Anexos. Folio 36

¹⁸⁷ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 15. OneDrive: Documento 02Escrito Tutela y Anexos. Folios 1

¹⁸⁸ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 15. OneDrive: Documento 02Escrito Tutela y Anexos. Folio 19

¹⁸⁹ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 15. OneDrive: Documento 02Escrito Tutela y Anexos. Folios 1, 19 y 20

Susi; un gato llamado Michi; un grupo de patos, entre ellos, uno que responde al nombre Nanapato; y cinco gallinas a quienes llama Mili, Pio Pio, Nana Gallina, la Colorada y Magi. La relación de afecto, cuidado y solidaridad que dice haber construido con ellos la describe así:

«(...) También hacen parte de mi vida y hoy son mi familia los siguientes animales:

Dos perros de raza criolla, uno responde al nombre de “niña”, tiene 2 años de edad, toda la parte de su vida ha estado al lado mío, ya que no tenía hogar y con el permiso de mi padre, permitimos que se uniera a nuestra familia. El otro responde al nombre de Susi, tiene 18 meses, es mi amiga favorita, ella nació en la parcela y desde entonces nos brindamos amor.

Un gato que responde al nombre de michi, su edad es 3 años, color negro, desde que nació, siempre ha sido parte de la familia.

También viven a mi lado varios patos, de ellos hay un pato especial, su nombre es “nanapato”, me brinda sus huevos y también su compañía.

5 gallinas sus nombres son “mili, pio pio, nana gallina, la colorada, magi, que aparte de darnos el alimento del huevo, me brindan compañía, al igual que los otros animales de la granja».

En respuesta a las dudas de la entidad accionada en torno a la autenticidad del escrito de tutela, la accionante, en el escrito de impugnación, aclara que, aunque alguien le brindó apoyo para actuar en defensa de sus derechos, es ella quien efectivamente pide que su padre sea retornado al hogar y hace énfasis en que no quiere ser obligada a separarse de su familia multiespecie. Anexa una carta escrita con su puño y letra en la que expresa:

«(...) no me quiero separar de mis animalitos irme a vivir encerrada a un apartamento para mí eso es una cárcel y no no me puedo llevar a mis animalitos a un apartamento no me quiero separar de mis animalitos no quiero cambiar de hogar porque yo amo a mi parcela a serca con migo a cuidar a mis animalitos y se lo pido por favor y que estoy solita con mis animalitos hace 7 meses que tampoco veo a mi papito y me siento triste nada me ayuda a traer a mi papito serca de mí quiero yo lo quiero mucho quiero que me ayuden no quiero estar mas triste. Gracias por su apoyo».

Asimismo, dibujó a su familia multiespecie, en medio de árboles y flores que, para la Sala, son prueba del paisaje natural que rodea el hogar de la menor en la zona rural del municipio de Lebrija. A un lado, con menor protagonismo, se dibujó así misma y a su progenitor.

Con el mayor respeto por la intimidad de la menor, se consigna en esta providencia la aludida prueba documental, porque cualquier descripción que se haga de ella no permite transmitir lo que la accionante quiere expresar sobre los sentimientos que experimenta hacia sus animales de compañía y su entorno.



Con el escrito de tutela se aportan 10 fotografías tomadas en los años 2022 a 2023 en las cuales se observa a la menor M.J.G.G. abrazando cariñosamente a sus diferentes animales en un entorno rural. Así mismo, capturas de pantalla de la aplicación WhatsApp, al parecer, del celular que utiliza la niña. En estas se reflejan estados alusivos a los vínculos afectivos con los animales y sentimientos de tristeza por la ausencia de su padre¹⁹⁰.

5. La accionante no convive con su padre, el señor B.A.G., quien, en calidad de subintendente de la Policía Nacional, presta sus servicios en el Área Metropolitana del Valle de Aburrá, Antioquia¹⁹¹, luego de que fuera trasladado desde la Policía Metropolitana de Bucaramanga¹⁹². La residencia actual del señor B.A.G. es Medellín, ubicada a 363.7 km de distancia de Lebrija.

Según la Resolución No. 23-060 del 1 de marzo de 2023, el traslado se ordenó por necesidades del servicio, concretamente por un déficit de personal en el Valle de Aburrá, comoquiera que existen 191 policías por cada 100.000 habitantes, cuando se debería contar con 300¹⁹³.

6. De acuerdo con la historia clínica de la accionante, esta acude a citas de control por la especialidad de psicología ante la posible existencia de ciertos trastornos del desarrollo. De la historia clínica se destacan las siguientes anotaciones:

6.1. En la consulta con el psicólogo de la Dirección de Sanidad de la Policía, realizada el 20 de abril de 2023, se analizó lo siguiente¹⁹⁴:

«PACIENTE FEMENINO EVALUADA EN CONSULTA EN COMPAÑÍA DE SU ABUELA EN DONDE MANIFIESTA "LA [NIÑA] NO QUIERE COMER, A DESMEJORADO LAS NOTAS, SE ENCIERRA EN EL CUARTO, LLORA, EXTRAÑA A SU PAPA"

ANAMNESIS - ENFERMEDAD ACTUAL

PACIENTE FEMENINO EVALUADA EN CONSULTA EN DONDE SE MUESTRA ALERTA, RECEPTIVA Y COLABORADORA, ORIENTADA EN TIEMPO Y ESPACIO, JUICIO Y RACIOCINIO CONSERVADO, INTELIGENCIA IMPRESIONA PROMEDIO.

REPORTA MANTENIMIENTO DE PATRON DE SUEÑO E INGESTA.

LA NONA MANIFIESTA "A MI HIJO LO TRASLADARON PARA MEDELLIN"

CONVIVE ACTUALMENTE CON LA ABUELA: ROSALBA ORTIZ, 59 AÑOS, SE DEDICA AL HOGAR.

(...)

PROGENITORA: GLADIS GIRALDO, 29 AÑOS "HACE ALGUN TIEMPO LA MAMÁ DE LA NIÑA LE HACÍA LLAMADAS PERO ULTIMAMENTE NO SE SABE DE ELLA"

LA ABUELA MANIFIESTA "DESMOTIVACION POR PARTE DE LA NIETA DESDE QUE EL PAPA YA NO ESTA, YA NO QUIERE HACER TAREAS"

ESTUDIA EN EL LICEO SAN FERNANDO, SEGUNDO GRADO.

SE TRABAJAN ESTRATEGIAS DE AFRONTAMIENTO Y PAUTAS DE CRIANZA EN LOS MODELOS EDUCATIVOS»

El médico tratante dio las siguientes recomendaciones:

«MANTENGA UNA ALIMENTACIÓN Y UNA RUTINA DE SUEÑO ADECUADA, EN HORARIOS ESTABLECIDOS.

SE RECUERDEN SIGNOS DE ALARMA PARA ACUDIR A URGENCIAS (IDEA CISN SUICIDA, RIESGO DE HETEROAGRESIVIDAD, CONSUMO DE SUSTANCIAS PSICOACTIVAS).

TENER PRESENTE LA LMNEA DE APOYO EMOCIONAL 018000910588».

6.2. La segunda consulta por psicología se realizó el 5 de mayo de 2023, en la cual se registró lo siguiente¹⁹⁵:

¹⁹⁰ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 15. OneDrive: Documento 02Escrito Tutela y Anexos. Folios 1, 19 y 20

¹⁹¹ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 40 del zip. Folio 37 y Documento 41 folios 1,3, 6 y 9

¹⁹² Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 40 del zip. Folio 37 y Documento 41 folios 1,3, 6 y 9

¹⁹³ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 38 del zip. Folio 4

¹⁹⁴ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 15. OneDrive: Documento 02Escrito Tutela y Anexos. Folios 18 a 21

¹⁹⁵ Expediente digital SAMAI. Índice 4. Documento 15. OneDrive: Documento 02Escrito Tutela y Anexos. Folios 18 a 21

«ANAMNESIS MOTIVO CONSULTA

PACIENTE INGRESA A CONSULTA EN COMPAÑIA DE SU ABUELA EN DONDE AMNIFIESTA "MI NIETA LE VA MAL EN EL COLEGIO"

ANAMNESIS - ENFERMEDAD ACTUAL

PACIENTE FEMENINO VALORADA EN CONSULTA EN DONDE SE MUESTRA ALERTA Y RECEPTIVA, RESPONDE A ESTIMULOS Y ES ATENTA.

LA ABUELA ROSALBA ORTIZ EXPRESA RETROCESO DE SU NIETA EN EL AREA ESCOLAR PORQUE ESTRaña A SU PAPA QUE FUE TRASLADADO.

SE EVIDENCIA RED DE APOYO ADECUADA.

SE PSICOEDUCA A LA ABUELA Y A LA PACIENTE EN LA ADAPTACION QUE DEBE TENER PARA ENTENDER LA AUSENCIA DEL PROGENITOR NO COMO UN ABANDONO SINO COMO UNA RESPONSABILIDAD QUE DEBE CUMPLIR.

SE TRABAJAN PAUTAS DE CRIANZA CON LA ABUELA».

El médico tratante le envió las siguientes recomendaciones:

«EL USUARIO EN MENCIÓN DE ENCUENTRA EN UN PROCESO TERAPAUTICO DE PSICOLOGIA CLÍNICA.

PARA QUE EL PROCESO SEA EFECTIVO SE REQUIERE LA COLABORACION TANTO DE LA RED PRIMARIA DE APOYO (FAMILIA) COMO DEL COLEGIO QUE ES DONDE PASA GRAN PARTE DEL TIEMPO.

POR TAL RAZON Y PARA TRABAJAR INTERDISCIPLINARIAMENTE Y APOYAR AL MENOR EN SU PROCESO SE REQUIERE

DESDE EL AREA ESCOLAR LO SIGUIENTE:

1 SENTARLO CERCA DEL PROFESOR. LEJOS DE LA VENTANA Y LA PUERTA

2 ASIGNARLE UNA RESPONSABILIDAD EN EL AULA DE CLASES QUE IMPLIQUE MOVIMIENTO COMO RECOGER LOS CUADERNOS. BORRAR EL TABLERO, ENTRE OTROS.

3. TRABAJAR EN LO POSIBLE EN BLOQUES CORTOS Y CON BREVES PAUTAS.

4. MANTENER UNA RUTINA DE ACTIVIDADES ENTRE CLASES.

5, MANTENER SOLO LO NECESARIO SOBRE EL PUPITRE

6 ACORDAR QUE GUARDE SUS OBJETOS AL FINALIZAR LAS TAREAS

7. HABLARLE DIRECTAMENTE Y REPASARLE LAS INSTRUCCIONES PARA CORROBORAR QUE LAS ENTENDIO.

8. MEJORAR SU AUTOESTIMA, HACIENDO ENFASIS EN LOGROS Y ARES DE DESEMPEÑO

9 ASIGNARLE UN COMPAÑERO MONITOR PARA QUE LA MADRE DEL NIÑO TENGA SU NUMERO DE TELEFONO...».

No se aporta la historia clínica reciente con un diagnóstico definitivo que determine las causas por las cuales el rendimiento académico de la niña ha desmejorado. Las recomendaciones del psicólogo se centran en brindar herramientas pedagógicas para mejorar su desempeño académico y su autoestima, así como fomentar en ella conciencia sobre las razones del traslado de su padre y desplazar sentimientos de abandono.

Lo cierto es que, en el escrito de tutela la menor expresa sentimientos de profunda tristeza, angustia, rechazo y preocupación por la ruptura de la unión familiar con su padre y los mismos sentimientos por la posibilidad de que sea trasladada a Medellín, debido a que tendría que abandonar a su familia multiespecie y el entorno rural donde actualmente vive y asiste a la escuela.

7. En los meses de julio¹⁹⁶ y agosto¹⁹⁷ de 2023 el señor B.A.G. le solicitó a la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional su traslado o retorno a la ciudad de Bucaramanga para estar cerca de su hija, sin embargo, la petición fue denegada, ya que las unidades para las cuales se pretendía el traslado emitieron concepto desfavorable en razón a la necesidad del servicio¹⁹⁸.

8. El 14 de septiembre de 2023 el padre de M.J.G.G le pidió a la accionada concederle permiso de descanso en la modalidad 30x5, con el fin de visitar a su familia en el municipio de Lebrija¹⁹⁹.

9. El 30 de octubre de 2023 el señor B.A.G. nuevamente le solicitó a la Dirección de Talento

¹⁹⁶ Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 04IntervineTalentoHPonal.pdf Folio 13

¹⁹⁷ Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 04IntervineTalentoHPonal.pdf Folio 13

¹⁹⁸ Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 04IntervineTalentoHPonal.pdf Folio 13

¹⁹⁹ Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 49 del zip. Folios 21 a 22

Humano trasladarlo a la ciudad de Bucaramanga para estar cerca de su hija²⁰⁰.

10. El 11 de noviembre de 2023 el Grupo de Talento Humano del Área Metropolitana del Valle de Aburrá le concedió al señor B.A.G. un permiso de descanso diferencial para laborar 30 días y descansar 6²⁰¹.

11. Para dar cumplimiento a la orden de tutela de primera instancia, la Dirección de Talento humano de la Policía realizó un nuevo estudio frente a la solicitud de traslado que hizo el señor B.A.G., según consta en el Acta - 048215 - CODIT-GUTAH - 2.6 del 24 de noviembre de 2023. En esta oportunidad, la entidad nuevamente negó la solicitud de traslado, esta vez, bajo el argumento de que no existe concepto de viabilidad en razón a la necesidad del servicio y porque actualmente el uniformado cuenta con un permiso de descanso diferencial de 30X6 días²⁰².

En el Acta se consignó lo siguiente:

«Intervención del Grupo psicosocial MEVAL, quien da a conocer a Comité la visita socio familiar realizada por el Grupo de Apoyo Psicosocial MEBUC al núcleo familiar del señor Subintendente B.A.G., (...En la entrevista realizada se puede constatar que el uniformado tiene conformado su núcleo familiar por su mamá la señora Rosalba Ortiz de Niño de 59 años de edad, quien vive en la vereda san Nicolás ubicada en el municipio de Lebrija, en compañía de la hija del uniformado la niña M.J. G. G. de 7 años de edad, ya que la custodia de la menor a través de comisaria de familia le fue concedida al uniformado.

El otro hijo del uniformado el niño A.G.G. reside con su progenitora en Bucaramanga, a quien el uniformado ocasionalmente lo visita. Las razones que interpone el funcionario para solicitar traslado por caso especial para cualquier Unidad o Comando del Departamento de Policía Santander, es para poder estar cerca de su señora madre e hija, ya que dependen económicamente del funcionario y por lo que fue concedida la custodia al uniformado de la menor.

Así mismo, actualmente la mamá del funcionario la señora Rosalba Ortiz está a espera de entrega de resultados de una mamografía (27 de noviembre) a raíz que le contraron [sic] dos masas, que le están generando dolor, fiebre y color rojazo [sic] en el seno derecho...) No anexan historias clínicas para verificación.

Es preciso indicar que al uniformado se le trató una solicitud de descanso diferencial mediante comunicación oficial GS-2023-218249-MEVAL en el Comité de Gestión Humana y Cultura institucional extraordinario del mes de octubre con numero de Acta 366 SUBCO GUTAH de Fecha 10/11/2023 donde se le dio concepto viable para acceder al descanso diferencial 30x6 y ser ubicado internamente en una unidad que no afecte el servicio del Modelo Nacional de Vigilancia Comunitaria por cuadrantes, quien fue notificado de esta decisión mediante comunicación oficial GS-2023-275356-MEVAL.

DECISIÓN DEL COMITÉ: Se procede a realizar la votación de los integrantes del Comité, quienes de forma unánime No dan viabilidad a la solicitud de traslado por caso especial del funcionario, reiterando nuevamente por parte del Comité la alternativa de solución autorizada al uniformado en el Comité de Gestión Humana mes de octubre de fecha 10/11/2023 donde se le dio viabilidad a la franquicia diferencial 30x6 y traslado al Grupo Fuerza Disponible».

12. Para el 26 de octubre de 2023, la Policía Nacional contaba con una planta global de 37.317 uniformados en el rango de subintendente²⁰³.

De acuerdo con el marco jurídico analizado y los hechos probados, este Tribunal concluye que la Dirección de Talento Humano de la Policía Nacional actuó de manera arbitraria y vulneró el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, así como los derechos fundamentales prevalentes a la igualdad, a la dignidad humana, a la unidad familiar humana y multiespecie, y al arraigo de la menor accionante M.J.G.G., al negar la solicitud de traslado especial formulada por su progenitor, con base exclusivamente en razones del servicio y en el permiso concedido de 6 días por cada 30 días, pero sin realizar

²⁰⁰ Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 49 del zip. Folios 13 a 17

²⁰¹ Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 49 del zip. Folios 31

²⁰² Expediente digital SAMAI. Índice 4 . Documento 04IntervineTalentoHPonal.pdf Folios 11 a 18

²⁰³ Cifras de personal. (2023, 27 octubre). Policía Nacional de Colombia. [Sitio Web Oficial](#)

el estudio riguroso de la totalidad de los hechos relevantes para determinar la proporcionalidad de la restricción generada con su acto discrecional.

Ponderar, como se explicó ampliamente en el marco jurídico, impone hacer un análisis de las circunstancias particulares del caso a la luz de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La entidad no evaluó que el policía y la niña M.J.G.G. conforman un hogar monoparental, debido al abandono de la madre, lo que la coloca en una situación de desventaja y vulnerabilidad respecto de otras familias que cuentan con padre y madre. Para ella, la ausencia de su padre en el hogar se traduce en un estado de orfandad o anulación de su familia nuclear.

La accionada tampoco tuvo en cuenta que la niña vive desde hace 7 años en la zona rural de Lebrija y que decidió de manera libre y autónoma construir una familia multiespecie y un proyecto de vida arraigado a ese territorio.

En este contexto, la entidad debió tener en cuenta que su negativa situaba a la menor en la dicotomía de permanecer separada de su progenitor o enfrentar la ruptura con su familia multiespecie y su plan de vida en un entorno rural, ante su posible partida a Medellín. Las condiciones del núcleo familiar del señor B.A.G. eran conocidas desde el traslado efectuado en el año 2021 a la ciudad de Cúcuta y luego en el año 2023 cuando se dispuso el traslado al Valle de Aburrá.

Se advierte igualmente que el estudio de no viabilidad que tuvo en cuenta la Dirección de Talento Humano, para cumplir el requisito que establece la Resolución No. 06665 de 2023, fue realizado en los meses de mayo y septiembre de 2023, lo que refuerza la conclusión de que la entidad no realizó un estudio riguroso de las condiciones particulares de la menor M.J.G.G., para resolver la solicitud de traslado especial formulada en el mes de octubre siguiente.

Destaca esta Sala que, en este tipo de casos, la autoridad administrativa está obligada a adoptar acciones de discriminación positiva en favor de los niños, niñas y adolescentes de familias monoparentales. Al existir un amplio margen de maniobra en la planta global de la Policía Nacional, la entidad estaba obligada a cubrir el déficit de personal que advirtió en la unidad de policía del Valle de Aburrá, a partir de otras alternativas, como, por ejemplo, mediante el traslado de otros uniformados del mismo rango que no presenten, ni ellos ni sus núcleos familiares, alguna situación de vulnerabilidad. Con ello lograba la satisfacción del fin procurado con la decisión discrecional sin afectar la unidad familiar de la niña M.J.G.G. Esto indica que se desatendió el principio de necesidad del juicio de ponderación; por tanto, la decisión discrecional fue desproporcionada.

En conclusión, la entidad accionada, al fundamentar su decisión en razones del servicio y la existencia de un permiso que implicaba la separación de la menor con su padre durante 299 de los 365 días del año, dejó de considerar las circunstancias particulares de la familia monoparental y multiespecie de la accionante. Además, incumplió procedimientos internos al no solicitar un nuevo concepto de viabilidad para el traslado, basándose en evaluaciones previas. La falta de ponderación hace necesaria la intervención del juez de tutela para garantizar una decisión proporcional que no vulnere los derechos fundamentales involucrados.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal modificará la sentencia impugnada, para amparar los derechos fundamentales prevalentes a la igualdad, a la dignidad humana, a la unidad familiar humana y multiespecie, y al arraigo de la menor accionante M.J.G.G., vulnerados por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL. Para su protección le ordenará a la entidad que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, a través de la Dirección de Talento Humano o de la dependencia competente,

estudie nuevamente la solicitud de traslado presentada por el subintendente B.A.G., para cualquier comando o unidad de policía dentro del departamento de Santander, cercano al municipio de Lebrija, teniendo en cuenta para tal efecto los derechos fundamentales y las condiciones particulares de la familia monoparental y multiespecie de la tutelante M.J.G.G., hija del solicitante, con el fin de determinar si la medida es proporcional.

Como medida de diferenciación positiva, la autoridad accionada debe analizar su planta global de personal y, para garantizar las necesidades del servicio con ocasión del déficit de personal en el Valle de Aburrá, deberá disponer un uniformado que no se encuentre en alguna de las situaciones de vulnerabilidad señaladas en el numeral 3.2 del marco jurídico de esta providencia. En caso de que la entidad accionada no realice el estudio ordenado en el término otorgado o la decisión adoptada sea desproporcionada y no de cumplimiento a las órdenes aquí dispuestas, se dispondrá el traslado del subintendente B.A.G.

Síntesis de la sentencia para M.J.G.G

Apreciada M.J., tres juezas estudiamos tu situación. Respetamos y protegemos tu decisión de amar y valorar a tus animales de compañía como miembros de tu familia, así como la importancia y el significado que tiene para ti vivir y educarte en el campo, al lado de tu familia multiespecie.

Después de analizar tu caso, nos dimos cuenta que los jefes de tu papá vulneraron tus derechos, porque lo trasladaron sin tener en cuenta que tu mamá no puede estar cerca de ti en estos momentos y que él es la única persona que te puede cuidar, junto con tu abuelita. Además, porque tampoco tuvieron en cuenta tu derecho a vivir con los demás miembros de tu familia: Niña, Susi, Michi, Mili, Pio Pio, Nana Gallina, la Colorada, Magi y Nanapato.

Por esta razón, los jefes de tu papá tendrán que estudiar nuevamente su solicitud de traslado y, en lugar de rechazarla sin razones suficientes, deberán estudiar otras alternativas, como trasladar a otros policías que no se encuentren en situaciones difíciles como la de tu familia.

Siempre estaremos aquí para velar por tu bienestar y asegurarnos que se protejan tus derechos.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de noviembre de 2023 por el Juzgado Catorce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bucaramanga, el cual quedará así:

«**PRIMERO: AMPARAR** los derechos fundamentales prevalentes a la igualdad, a la dignidad humana, a la unidad familiar humana y multiespecie, y al arraigo de la menor accionante M.J.G.G., vulnerados por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL.

SEGUNDO: ORDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL que, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia, a través de la Dirección de Talento Humano o de la dependencia competente, estudie nuevamente la solicitud de traslado presentada por el subintendente B.A.G., para cualquier comando o unidad de policía dentro del departamento de Santander, cercano al municipio de Lebrija, teniendo en cuenta para tal efecto los derechos fundamentales y las condiciones particulares de la familia monoparental y

multiespecie de la tutelante M.J.G.G., hija del solicitante, con el fin de determinar si la medida es proporcional.

Parágrafo 1. Como medida de diferenciación positiva, la autoridad accionada debe analizar su planta global de personal y, para garantizar las necesidades del servicio con ocasión del déficit de personal en el Valle de Aburrá, debe disponer un uniformado que no se encuentre en alguna de las situaciones de vulnerabilidad señaladas en el numeral 3.2 del marco jurídico de esta providencia.

Parágrafo 2. En caso de que la entidad accionada no realice el estudio ordenado en el término otorgado o la decisión adoptada sea desproporcionada y no cumpla con las medidas aquí dispuestas, **SE ORDENA** trasladar, dentro de los diez días siguientes a la notificación de la decisión, al subintendente B.A.G. a cualquier comando o unidad de policía dentro del departamento de Santander, cercano al municipio de Lebrija»

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en los demás numerales.

TERCERO: NOTIFÍQUESE el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: REMITIR por la secretaría de la Corporación el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobado en Sala Virtual según Acta No. 5 de 2024

[Firma electrónica en aplicativo SAMAI]
CLAUDIA XIMENA ARDILA PÉREZ
Magistrada ponente

[Firma electrónica en aplicativo SAMAI]
CAROLINA ARIAS FERREIRA
Magistrada

[Firma electrónica en aplicativo SAMAI]
LUISA FERNANDA FLÓREZ REYES
Magistrada