

T-041-96

Sentencia No. T-041/96

#### NASCITURUS-Protección

Desde el momento de la concepción y hasta el del nacimiento, tanto el hombre como la mujer son titulares de derechos y obligaciones especiales relacionados con el nasciturus, que se desprenden del antecedente normativo de ser ellos quienes engendraron al que está por nacer. Una vez cumplido total o parcialmente el proceso de gestación, el momento del alumbramiento es crucial desde el punto de vista jurídico, porque de la circunstancia de que el neonato viva, así sea por un instante después de ser separado completamente del cuerpo de su madre, se sigue que sea titular del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y, en consecuencia, que lo sea de todos los derechos y deberes que el ordenamiento constitucional reconoce e impone por igual a todas las personas, así como de los derechos y deberes que la ley le atribuye en razón de su situación y circunstancias particulares.

#### FAMILIA-Obligaciones/PATRIA POTESTAD-Titular

La familia -independientemente de la forma que ella tenga en cada uno de los grupos culturalmente diferenciados que habitan en el país-, es la primera llamada por la Carta Política a cumplir con la “obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; pero no todos los familiares del niño tienen los mismos deberes frente a él, ni son titulares de los mismos derechos. Los padres son, por el reconocimiento que hace el ordenamiento del vínculo consanguíneo que los une con el hijo, los titulares de la patria potestad y, por tanto, los primeros responsables por el debido cumplimiento de la obligación constitucional aludida, pues la patria potestad es una institución de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, y temporal - sólo porque la emancipación del hijo de familia se presenta con la mayoría de edad, o antes de ella por la habilitación de edad, la muerte de los padres, etc.-.

#### PATRIA POTESTAD-Ejercicio y obligaciones

Sea que la familia esté compuesta por los padres y sus hijos, o que otros parientes compartan la convivencia en el hogar, los niños tienen derecho a estar bajo el cuidado y guía

de sus progenitores. Esa relación filial sólo puede ser restringida o interrumpida por una decisión judicial, cuando se dé una causal legal para entregar la guarda, u otro de los derechos comprendidos en la patria potestad, a persona distinta de los titulares de ésta. En caso de separación de los padres o de incumplimiento de los deberes que ellos tienen para con sus hijos, el ordenamiento prevé la protección que debe darse a los menores, y la forma de exigir el cumplimiento de las obligaciones que incumben a los padres y de las cuales no pueden sustraerse.

#### PATRIA POTESTAD-Ejercicio a falta de padres

#### DERECHOS DEL NIÑO-Protección ante el desafecto del padre

El desamor, incluso la animadversión, que el padre pueda llegar a sentir por la madre y su hijo, jurídicamente no pasan de ser una circunstancia (lamentable), que para nada le libera de la “obligación de asistir y proteger al niño”, y los contenidos prestacionales derivados de tal obligación pueden serle exigidos judicialmente.

#### ABANDONO DEL MENOR-Protección por los parientes

La simpatía, la buena voluntad, el cariño, y hasta el amor, que otros parientes puedan sentir por el niño, tampoco son razón jurídicamente valedera para arrogarse la patria potestad -que es un conjunto de derechos y obligaciones atribuidos intuitu personae-, intentando reemplazar al padre en actuaciones que la ley le ha reservado de manera excluyente, como es el caso del reconocimiento del hijo en el registro de su nacimiento. Nada obsta sin embargo, y antes bien es deseable y acorde con el principio de la solidaridad, que en aras de evitar la exposición o el abandono, ante el proceder irresponsable de uno o ambos padres, los demás parientes le proporcionen al niño la familia a la que tiene derecho, sin olvidar que deben regularizar la situación, acudiendo a solicitar que, por la vía judicial, se les entregue la guarda.

#### PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO-Terminación vínculo conyugal

Si desde la perspectiva constitucional, nada obsta para que una mujer cuya relación de pareja terminó hace más de tres años pueda concurrir voluntariamente a conformar otra familia con diferente cónyuge, ello no puede implicar que la terminación del vínculo anterior,

o la constitución del nuevo, afecten la permanencia de la filiación respecto de los hijos habidos en la unión previa, pues “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

#### RELACION FAMILIAR-Protección/ABANDONO DEL MENOR-Intervención del Estado

Ni el Estado, ni mucho menos los particulares, están llamados a intervenir en las relaciones familiares armónicas, y quienes participan de ellas pueden reclamar de los jueces de la república protección eficaz frente a cualquier intromisión indebida de las autoridades o de un tercero. Pero si la convivencia no es pacífica, o se vulneran los derechos de alguno de los miembros de la familia, el afectado o su representante pueden acudir a las autoridades estatales para que intervengan y restablezcan la efectividad del derecho conculcado. En caso de ser un niño el afectado, “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”. Cualquier forma de abandono a la que sea sometido un menor (y el incumplimiento de las obligaciones alimentarias es una de ellas), es suficiente para legitimar y hacer exigible la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones familiares, a fin de poner término a la situación irregular y restablecer el pleno ejercicio de los derechos que le corresponden. Tanto en la actuación administrativa que debe adelantar en esos casos el defensor de menores, como en los procesos judiciales que eventualmente debe promover este funcionario en procura de la mejor protección de los derechos de los niños, debe acatarse y darle plena aplicación a las normas que regulan el debido proceso, haciendo prevalecer los derechos del menor y la eficacia del derecho sustantivo consagrado en su favor, sobre la presencia o ausencia de formalidades que son responsabilidad legal de quienes le guardan.

#### AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Abuela en representación de menor/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Abuela en representación de menor

La actora, en calidad de agente oficioso, está legitimada para reclamar judicialmente la protección de los derechos fundamentales del menor, porque: desde su nacimiento, la menor es titular de los derechos consagrados en la Constitución; esos derechos vienen siendo gravemente violados por el padre y, posteriormente, por la madre de la menor; la actuación administrativa adelantada fue sólo parcialmente eficaz, y en su desarrollo se presentó la nueva violación de los derechos reclamados por la actora; y se autoriza a cualquier persona

para “agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”. Igualmente, se le privó injustificadamente del cuidado de la niña, en desmedro de la tranquilidad de su hogar.

TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Separación provisional del hogar abuelo materno

FAMILIA-Protección

En el Estado Social de derecho que rige en Colombia, la protección consagrada en la Carta Política para la familia como institución básica de la sociedad, no se reduce al amparo de una sola forma de tal institución; si la familia nuclear no existe, la familia extendida que venga a llenar ese vacío merece igual protección porque cumple, para con los menores, con las funciones que le corresponden a aquélla. Hace parte del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, que los contenidos mínimos legalmente establecidos de la patria potestad sean hechos efectivos al menor.

REGLAMENTACION DE VISITAS-Contacto del menor con los padres

La niña viene sufriendo las consecuencias negativas de la falta de contacto físico directo con su padre, desde el nacimiento, y con su madre, desde que ésta abandonó el hogar común. Al respecto se señala que la ley prevé, para aquellos casos en los que uno o ambos padres residen en lugar distinto a sus hijos, el derecho a exigir del juez o acordar con quien tiene la guarda de los menores, un régimen de visitas. Pero ese no es un derecho únicamente de los padres, sino también de los hijos, quienes no deben ser privados de manera absoluta del contacto directo con sus progenitores, sino en aquellos casos en que el juez de familia o el penal, juzguen que se justifica legalmente tal medida. El trato con la niña debe respetar en toda ocasión el derecho que ella tiene al amor de sus padres; si ellos, o alguno de ellos, por la razón que fuere, no sienten ese amor en su relación filial, deben actuar en su contacto con la niña, como si ese sentimiento estuviera presente, pues si bien el deber de solidaridad y el respeto por la dignidad humana de las personas obliga a todos a dar a los demás un trato considerado, en tratándose de los hijos, el deber de asumir responsablemente la paternidad, implica el de hacer efectivos todos y cada uno de los derechos de los niños, haciéndolos prevalecer sobre los de todos los demás.

## MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Guarda definitiva del menor

El juez de tutela no es competente para decidir sobre la guarda definitiva de la niña, ni la tranquilidad de la familia es un bien jurídico que prevalezca sobre la efectividad de los derechos fundamentales de la menor.

Ref.: Expediente T-79788

Acción de tutela de Consuelo del Socorro Castañeda de Vélez contra la defensora de familia de Andes.

Tema:

- El derecho de tener una familia y no ser separado de ella.
- La intervención del Estado en el ámbito familiar.

Magistrado Ponente:

Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

Santafé de Bogotá D.C., siete (7) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

La Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión de Tutelas, integrada por los Magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz, este último en calidad de ponente, procede a dictar sentencia en el grado jurisdiccional de revisión.

ANTECEDENTES.

1. HECHOS:

La señora Consuelo del Socorro Castañeda de Vélez afirma que su hija, Lidia Yaneth Vélez Castañeda, dio a luz una niña el 4 de octubre de 1992. Asevera que desde el nacimiento de la menor, ella, su esposo, y su hija se han encargado del cuidado y la atención que requiere la pequeña. Lidia Yaneth, la madre de la niña, desde marzo de 1995 se fue de la casa de la actora, dejando a la menor a su cuidado.

El día tres de junio de 1995, la señora Castañeda de Vélez recibió una notificación proveniente de la Inspección Municipal de Pueblo Rico, indicándole que debía presentarse a ese despacho acompañada de su nieta XXXX (el nombre de la menor se mantendrá en reserva), para atender un requerimiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con sede en Andes. En él se ordena que la menor debe ser entregada a Moisés de Jesús Serna y Amparo del Socorro Ospina Vélez, quienes son los padres de John Freddy Serna Ospina, presunto padre de la niña.

Sostiene la demandante que en ningún momento el I.C.B.F. le informó sobre los trámites que se habían iniciado ni se le dio oportunidad de participar en ellos, a pesar de que los mismos concluyeron con la entrega de la niña a la familia Serna Ospina.

Considera vulnerados los derechos fundamentales de la niña de tener una familia y no ser separada de ella; igualmente reclama que se han vulnerado la paz y la tranquilidad del hogar, pues su hija menor, de 6 años de edad, dejó de comer debido a la ausencia de XXXXX.

Finalmente sostiene que posee solvencia económica para ver por sus hijos y nietos; al respecto menciona ser dueña de dos casas y una finca con cultivos de café y plátano; además, afirma que paga a una señora para que se encargue de los oficios domésticos.

Solicita que el I.C.B.F. reintegre a la menor XXXXX al seno familiar que le corresponde, es decir, su casa.

## 2. FALLOS DE INSTANCIA.

### 2.1. PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico, en providencia fechada el 19 de julio de 1995, negó la tutela considerando lo siguiente:

La patria potestad es un derecho que corresponde exclusivamente a los padres, y no puede confundirse con una situación de hecho, ni ser ejercida por alguien diferente de los padres.

Cuestiona la actuación del I.C.B.F., por cuanto la niña fue entregada a personas que legalmente no tienen con ella ningún vínculo de parentesco.

Sostiene además, que la actora puede solicitar la custodia de la menor ante la jurisdicción de familia, lo cual constituye otro medio de defensa judicial con el que cuenta la actora.

En cuanto a la pérdida de la paz y la tranquilidad hogareñas, señala la jueza del conocimiento, que dada la forma en que está integrado el núcleo familiar de la actora, atender a XXXXX resulta muy gravoso, pues su cuidado y guía se sumaría al de otros cuatro menores, tres de sus tíos y una hermana media.

## 2.2. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, en fallo proferido el 1o. de agosto de 1995, revocó la decisión de la jueza a-quo con base en los siguientes argumentos:

Los presuntos abuelos maternos de la menor (Consuelo del Socorro y Jaime de Jesús), son para XXXXX los únicos padres que reconoce como tales, pues la madre biológica la abandonó, y el padre, ni ha vivido con ella, ni la ha reconocido.

La decisión tomada por la funcionaria del I.C.B.F. ocasionó inestabilidad emocional en la menor, pues la puso al cuidado de personas diferentes a las que ella reconoce como sus padres, y la alejó de los niños que considera sus hermanos.

Sostiene el juez ad-quem que el estudio preliminar hecho por la funcionaria Alba Rocio Rivera no fue el más profundo, y la decisión a la que condujo no fue acertada.

Pese a existir otros medios judiciales de defensa, la acción de tutela fue creada para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales y, entre ellos, los que en este caso fueron vulnerados. Es claro que se le causó daño a la menor al entregarla a unas personas que, si bien pueden comportarse con ella como los abuelos que dicen ser, legalmente no están unidos a la niña por parentesco alguno, ni han participado en su crianza. Además, la niña no está en capacidad de entender por qué fue separada de quienes para ella son su familia, y

del que considera su hogar.

En consecuencia, ordena a la Defensora de Familia de Andes disponer lo necesario para que en el término de 48 horas la menor regrese al hogar de Consuelo del Socorro Castañeda de Vélez.

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

### 1. COMPETENCIA

Le compete a la Corte Constitucional, según el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, revisar los fallos de tutela que eventualmente sean seleccionados para ello; a la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas le corresponde pronunciarse sobre los fallos de instancia proferidos durante el trámite de este proceso, en virtud del auto de la Sala de Selección Número Nueve, del 19 de septiembre de 1995.

### 2. DERECHO DE TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA.

En el marco del ordenamiento constitucional colombiano, la decisión sobre cuántos hijos tener y cuándo, corresponde única y exclusivamente a la pareja, que deberá adoptarla de manera libre y responsable; una vez nacidos los hijos, la pareja “deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos” (artículo 42 C.P.).

Una vez cumplido total o parcialmente el proceso de gestación, el momento del alumbramiento es crucial desde el punto de vista jurídico, porque de la circunstancia de que el neonato viva, así sea por un instante después de ser separado completamente del cuerpo de su madre, se sigue que sea titular del derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica y, en consecuencia, que lo sea de todos los derechos y deberes que el ordenamiento constitucional reconoce e impone por igual a todas las personas, así como de los derechos y deberes que la ley le atribuye en razón de su situación y circunstancias particulares.

La familia -independientemente de la forma que ella tenga en cada uno de los grupos culturalmente diferenciados que habitan en el país-, es la primera llamada por el artículo 44 de la Carta Política a cumplir con la “...obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos...”; pero no todos los familiares del niño tienen los mismos deberes frente a él, ni son titulares de los mismos

derechos. Los padres son, por el reconocimiento que hace el ordenamiento del vínculo consanguíneo que los une con el hijo, los titulares de la patria potestad y, por tanto, los primeros responsables por el debido cumplimiento de la obligación constitucional aludida, pues la patria potestad es una institución de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, y temporal -sólo porque la emancipación del hijo de familia se presenta con la mayoría de edad, o antes de ella por la habilitación de edad, la muerte de los padres, etc.-.

Sea que la familia esté compuesta por los padres y sus hijos, o que otros parientes compartan la convivencia en el hogar, los niños tienen derecho a estar bajo el cuidado y guía de sus progenitores. Esa relación filial sólo puede ser restringida o interrumpida por una decisión judicial, cuando se dé una causal legal para entregar la guarda, u otro de los derechos comprendidos en la patria potestad, a persona distinta de los titulares de ésta. En caso de separación de los padres o de incumplimiento de los deberes que ellos tienen para con sus hijos, el ordenamiento prevé la protección que debe darse a los menores, y la forma de exigir el cumplimiento de las obligaciones que incumben a los padres y de las cuales no pueden sustraerse.

En caso de faltar alguno de los padres, el otro continúa en ejercicio de la patria potestad, y si es mujer tiene derecho a la protección especial del Estado que consagra el artículo 43 de la Carta Política. Si faltan ambos, no por ello desaparece el derecho de los niños de tener una familia y no ser separados de ella, aunque la patria potestad no puede tener titulares diferentes a los padres. En tal eventualidad, si los demás familiares faltan, o no pueden hacerse cargo de los menores, el Estado guardará de ellos hasta encontrarles otro hogar y guardador, o entregarlos en adopción a sus nuevos parientes civiles.

Dentro de este marco general de regulación, y para efectos de la revisión del presente proceso, deben hacerse las siguientes precisiones:

- El desamor, incluso la animadversión, que el padre pueda llegar a sentir por la madre y su hijo, jurídicamente no pasan de ser una circunstancia (lamentable), que para nada le libera de la "...obligación de asistir y proteger al niño...", y los contenidos prestacionales derivados de tal obligación pueden serle exigidos judicialmente.

- De manera similar, la simpatía, la buena voluntad, el cariño, y hasta el amor, que otros parientes puedan sentir por el niño, tampoco son razón jurídicamente valedera para

arrogarse la patria potestad -que es un conjunto de derechos y obligaciones atribuidos intuitu personae-, intentando reemplazar al padre en actuaciones que la ley le ha reservado de manera excluyente, como es el caso del reconocimiento del hijo en el registro de su nacimiento. Nada obsta sin embargo, y antes bien es deseable y acorde con el principio de la solidaridad, que en aras de evitar la exposición o el abandono, ante el proceder irresponsable de uno o ambos padres, los demás parientes le proporcionen al niño la familia a la que tiene derecho, sin olvidar que deben regularizar la situación, acudiendo a solicitar que, por la vía judicial, se les entregue la guarda.

- Si desde la perspectiva constitucional, nada obsta para que una mujer cuya relación de pareja terminó hace más de tres años pueda concurrir voluntariamente a conformar otra familia con diferente cónyuge, ello no puede implicar que la terminación del vínculo anterior, o la constitución del nuevo, afecten la permanencia de la filiación respecto de los hijos habidos en la unión previa, pues “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (art. 44 C.P.).

### 3. LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL ÁMBITO FAMILIAR.

El Estado Social de Derecho establecido en Colombia por el Constituyente de 1.991, “ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, y ese reconocimiento normativo se concreta, entre otras cosas, en la consagración del derecho a la intimidad familiar de todas las personas (art. 15 C.P.), que aquél debe respetar y hacer respetar.

Además, como ha de presumirse la inocencia de las personas, y que las actuaciones de los particulares se ciñen a los postulados de la buena fe, en tanto no haya razón suficiente para sospechar razonablemente lo contrario, debe asumirse que “las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes...” (art. 42 C.P.). Siendo ese el caso, ni el Estado, ni mucho menos los particulares, están llamados a intervenir en esas relaciones familiares armónicas, y quienes participan de ellas pueden reclamar de los jueces de la república protección eficaz frente a cualquier intromisión indebida de las autoridades o de un tercero.

Pero si la convivencia no es pacífica, o se vulneran los derechos de alguno de los miembros de la familia, el afectado o su representante pueden acudir a las autoridades estatales para que intervengan y restablezcan la efectividad del derecho conculcado. En caso de ser un niño

el afectado, “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores” (artículo 44 C.P.). Cualquier forma de abandono a la que sea sometido un menor (y el incumplimiento de las obligaciones alimentarias es una de ellas), es suficiente para legitimar y hacer exigible la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones familiares, a fin de poner término a la situación irregular y restablecer el pleno ejercicio de los derechos que le corresponden.

Tanto en la actuación administrativa que debe adelantar en esos casos el defensor de menores, como en los procesos judiciales que eventualmente debe promover este funcionario en procura de la mejor protección de los derechos de los niños, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 29 de la Carta Política, y darle plena aplicación a las normas que regulan el debido proceso, haciendo prevalecer los derechos del menor y la eficacia del derecho sustantivo consagrado en su favor, sobre la presencia o ausencia de formalidades que son responsabilidad legal de quienes le guardan.

#### 4. PROCEDENCIA DE LA TUTELA.

##### 4.1. LEGITIMACIÓN DE LA PARTE ACTORA.

La actora, en calidad de agente oficioso, está legitimada para reclamar judicialmente la protección de los derechos fundamentales de XXXX, porque: a) desde su nacimiento, la menor es titular de los derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución; b) desde entonces, esos derechos vienen siendo gravemente violados por el padre y, posteriormente, por la madre de la menor; c) cuando un particular requirió la intervención del funcionario competente para proteger a la niña y hacer plenamente efectivos sus derechos, la actuación administrativa adelantada fue sólo parcialmente eficaz -hasta donde consta en el expediente-, y en su desarrollo se presentó la nueva violación de los derechos reclamados por la actora, que aparece expuesta en los hechos de la demanda; y d) los artículos 44 Superior, y 10 del Decreto 2591 de 1991 autorizan a cualquier persona para “...agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

Igualmente, estaba habilitada la señora Consuelo del Socorro Castañeda de Vélez para invocar la protección de sus propios derechos, vulnerados, sin duda, por la decisión que la privó injustificadamente del cuidado de la niña, en desmedro de la tranquilidad de su hogar.

#### 4.2. ABANDONO PATERNO DE LA MENOR

El padre de XXXX no asistió a su compañera en el parto, ni cumplió con los deberes originados en su paternidad durante los años siguientes.

Tal forma de abandono fue detectada, y sólo parcialmente remediada por la actuación de la Defensora de Familia, pues si bien a instancia suya el padre biológico de XXXX impugnó exitosamente la paternidad que aparecía registrada irregularmente, y durante ese proceso hizo un reconocimiento legalmente válido de su propia paternidad, no hay constancia en el expediente de que haya empezado a contribuir regularmente con los gastos que requiere la crianza de su hija, o de que se apersonara de las demás obligaciones que su condición de padre le imponen.

Desde el punto de vista de la situación de la menor, el padre sigue faltando, pues no sólo sigue absteniéndose de cumplir con sus obligaciones alimentarias, sino que la niña, privada de su presencia, continúa considerándolo un extraño y teniendo como papá a su abuelo materno, quien es el que ha cumplido para con ella, desde que nació, el papel de padre.

Se ordenará, en consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, que la actuación administrativa continúe respecto del padre, hasta que éste regularice el pago de las obligaciones mínimas que le corresponden, o asuma plenamente su papel en la relación filial.

Lidia Yaneth Vélez Castañeda, madre de XXXX, después del parto permaneció con la niña en casa de la actora, y como consta en el expediente, en tanto lo hizo atendió a las necesidades de la pequeña; pero cuatro meses antes de que se iniciara el procedimiento de tutela, abandonó el hogar paterno, y en él a XXXX, para que los abuelos vieran por ella, como lo vienen haciendo por su media hermana de 9 meses de edad.

Precisamente fue el abandono por parte de la madre, sumado al paterno, lo que ocasionó que un particular acudiera al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y solicitara la intervención del Defensor de Familia en el caso.

No aparece constancia en el expediente de que la actuación administrativa se haya dirigido a

recabar de la madre el cumplimiento de las obligaciones que le corresponden, por lo que se ordenará en esta providencia que, también respecto de ella, continúe la acción de la defensoría de familia.

#### 4.4. INTERVENCIÓN DEL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

Las condiciones de abandono paterno y materno en que se encontraba XXXX, puestas en conocimiento de la Defensora de Familia por un particular, justifican la intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- en el seno de la familia de la actora.

Inicialmente, la Defensora de Familia se ocupó de verificar que la niña se encontrara en buenas condiciones físicas, y el examen médico que ordenó dio como resultado que la pequeña se encuentra en aceptables condiciones, bien alimentada, y sin muestras aparentes de maltrato.

También encontró la funcionaria demandada que la menor había sido irregularmente inscrita, pues en el folio correspondiente se hizo figurar como su padre, a quien realmente es su tío. Localizado el padre biológico, se procedió a impugnar exitosamente la paternidad inscrita y, en ese proceso, el padre reconoció válidamente su propia paternidad. De esta manera, ahora ambos padres están en condición jurídica de ejercer conjuntamente la patria potestad, y puede exigirse de ambos que lo hagan, para que cese la violación de los derechos fundamentales de XXXX.

Además, la Defensora de Familia encontró que ninguno de los padres estaba cumpliendo a cabalidad las obligaciones que se desprenden de la relación filial que los une con XXXX, y no aparece en el expediente que la actuación administrativa de la funcionaria haya estado dirigida a corregir esos comportamientos ilegítimos. En este aspecto, no por acción mas sí por omisión, la actividad estatal resulta contraria a los legítimos intereses de la menor. Por tanto, esta Sala ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, por medio de la Defensora de Familia, y dentro del término máximo de cuatro (4) meses, promueva ante la jurisdicción correspondiente un proceso encaminado a decidir quién o quiénes y en qué forma deben ejercer la patria potestad o la guarda de la niña.

Ahora bien: el motivo por el cual se instauró esta acción de tutela, fue lo decidido por la funcionaria demandada respecto de la guarda provisional de la menor. La Defensora de

Familia encontró que, ante el comportamiento irresponsable del padre, la madre se acogió al amparo del hogar paterno, y esa familia fue la única que la niña conoció y aprendió a amar como suya, como parte integrante de su propia identidad social. En cambio los abuelos paternos, hasta donde consta en el expediente, no se ocuparon de las necesidades afectivas y económicas de la niña, mientras ella estuvo en compañía de su madre. El tardío interés que luego mostraron, sin importar lo bien intencionado y oportuno que sea o parezca, no cambia para nada el hecho de que, por haber estado ausentes de la vida de la niña, ésta no les reconozca como a sus abuelos.

Es bien cierto que la menor no estaba, como en el ordenamiento se encuentra deseable, bajo la guarda directa de sus padres, y confiada a la formación y cuidado que aquéllos puedan proporcionarle en la intimidad de la convivencia hogareña. A falta de ese medio familiar, la funcionaria debía encontrar un hogar sustituto y un guardador provisional; los abuelos maternos, no sólo reclamaban el derecho a que se les asignara tal tarea por lo que ya habían hecho en beneficio de la menor, sino por los lazos sentimentales mutuos que indudablemente han desarrollado ellos y la niña, desde que ésta nació; a su vez, los abuelos paternos aducían igual parentesco, y las ventajas que, para la educación formal de la niña, representa el hecho de que viven en el casco urbano y cuentan con una situación económica estable.

La tarea de recolectar la información necesaria para optar entre ambos hogares sustitutos, no fue cumplida por la Defensora de Familia, sino que le fue confiada a una persona que no es abogado, y que se limitó a entrevistarse con la empleada doméstica de la actora, de manera que ninguno de los miembros de la familia fue oído en la visita domiciliaria. Así, la decisión sobre la guarda provisional de la menor fue tomada sin considerar el punto de vista de ninguno de los miembros de la única familia que la menor ha conocido, sin tener en cuenta a su medio hermano, sin que la madre expresara su parecer, y -como lo reveló la otra visita domiciliaria que ordenó esta Sala-, sin valorar los sentimientos y el deseo de XXXX.

Por las razones expresadas, la decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó, por medio de la cual tuteló a XXXX su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, será confirmada en la parte resolutive de esta providencia, pero de manera provisional, en tanto el juez de familia decida lo que resulte más benéfico para la menor, en el proceso que deberá promover el ICBF.

#### 4.5.- LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LA MENOR Y DE LA FAMILIA DE LA ACTORA.

Es de la competencia de la Corte, al cumplir con la revisión de los fallos de instancia, verificar si se presentó una violación o amenaza grave de uno o más derechos fundamentales del actor o de aquél a quien representa, juzgar lo decidido al respecto por los jueces de instancia y el trámite por ellos cumplido, y adoptar las decisiones que considere apropiadas para lograr restablecer la plena efectividad de los derechos conculcados, o remover totalmente la amenaza que pese sobre ellos.

En este caso, la efectividad del derecho a tener una familia y no ser separada de ella, que la Corte tutelaré a XXXX en la parte resolutive de esta providencia requiere de la Corte su pronunciamiento sobre los siguientes puntos:

a) Es claro para esta Sala que el juez de segunda instancia acertadamente decidió devolver la niña al hogar donde sí ha tenido una familia y conviven quienes le han hecho efectivo el derecho en consideración a XXXX y su hermana media, mientras faltaban los padres de ambas, sus abuelos paternos y finalmente también la madre. Si bien al momento de producirse la intervención administrativa, el padre y la madre habían abandonado a XXXX, ello nunca significó para ella ausencia de una familia que la cuidara, la alimentara, le proporcionara una identidad y la formara con cuidado y amor. En el Estado Social de derecho que rige en Colombia, la protección consagrada en la Carta Política para la familia como institución básica de la sociedad, no se reduce al amparo de una sola forma de tal institución; si, como en el caso que se examina, la familia nuclear no existe, la familia extendida que venga a llenar ese vacío merece igual protección porque cumple, para con los menores, con las funciones que le corresponden a aquélla. Así, para la protección del derecho de la menor se confirmará, como ya se dijo, lo resuelto en la segunda instancia, como mecanismo provisional, y sólo mientras el juez de familia decide sobre la guarda de la menor.

b). Hace parte del derecho a tener una familia y no ser separado de ella, que los contenidos mínimos legalmente establecidos de la patria potestad sean hechos efectivos al menor. El padre de XXXX ya está en condición legal de ejercer la patria potestad; sin embargo, debe hacerlo conjuntamente y en pié de igualdad con la madre. Respecto de ambos, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a través de la Defensoría de Familia, debe continuar la

actuación administrativa y, como atrás se dijo, promover un proceso en el que se decida de manera definitiva acerca de la guarda de la menor y de las obligaciones que con respecto a ella han de cumplir ineludiblemente sus progenitores.

c). Según permite afirmar la visita domiciliaria ordenada por esta Sala, la niña viene sufriendo las consecuencias negativas de la falta de contacto físico directo con su padre, desde el nacimiento, y con su madre, desde que ésta abandonó el hogar común. Al respecto, la Sala debe señalar que la ley prevé, para aquellos casos en los que uno o ambos padres residen en lugar distinto a sus hijos, el derecho a exigir del juez o acordar con quien tiene la guarda de los menores, un régimen de visitas. Pero ese no es un derecho únicamente de los padres, sino también de los hijos, quienes no deben ser privados de manera absoluta del contacto directo con sus progenitores, sino en aquellos casos en que el juez de familia o el penal, juzguen que se justifica legalmente tal medida.

En este caso la Corte ordenará, de manera especial, al Defensor de Familia, que adelante las actuaciones o procesos que sean necesarios para definir con ambos padres de XXXX, el régimen de visitas que deberán cumplir, advirtiéndoles que el trato con la niña debe respetar en toda ocasión el derecho que ella tiene al amor de sus padres; si ellos, o alguno de ellos, por la razón que fuere, no sienten ese amor en su relación filial, deben actuar en su contacto con la niña, como si ese sentimiento estuviera presente, pues si bien el deber de solidaridad y el respeto por la dignidad humana de las personas obliga a todos a dar a los demás un trato considerado, en tratándose de los hijos, el deber de asumir responsablemente la paternidad, implica el de hacer efectivos todos y cada uno de los derechos de los niños, haciéndolos prevalecer sobre los de todos los demás.

Finalmente, reconoce esta Sala que la tranquilidad familiar de la actora fue alterada injustamente, por los mismos hechos que, como se vió, constituyen violación del derecho fundamental de la menor; tal alteración, no se justifica por la omisión en que incurrieron la actora y su cónyuge al no solicitar judicialmente la guarda de XXXX pues, en este caso, la efectividad de los derechos sustantivos consagrados en favor de la menor, debían hacerse prevalecer sobre la omisión, que en ningún caso es responsabilidad de la pequeña, y que la actora y su cónyuge podían y pueden remediar en cualquier momento. La devolución de la menor, ordenada por el juez de segunda instancia, puso fin a esa alteración de la tranquilidad hogareña; pero, ni el juez de tutela es competente para decidir sobre la guarda

definitiva de la niña, ni la tranquilidad de la familia de la actora es un bien jurídico que prevalezca sobre la efectividad de los derechos fundamentales de la menor. Así, la decisión del Juez Promiscuo del Circuito de Jericó sólo será confirmada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable a la niña, en tanto se decide sobre la guarda definitiva.

## DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

### RESUELVE:

Primero. Confirmar, por las razones expuestas en la parte considerativa, la decisión del Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó -Antioquia-, proferida el primero (1o.) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995), pero como mecanismo transitorio, y sólo hasta que el juez competente decida sobre la guarda de XXXX.

Segundo.- Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, a través del Defensor de Familia, continúe la actuación administrativa correspondiente a la defensa de los derechos de la menor XXXX, y promueva ante la Jurisdicción correspondiente, dentro del término máximo de cuatro (4) meses, un proceso en el que se decida de manera definitiva acerca de la guarda de la menor y de las obligaciones que con respecto a ella han de cumplir Lidia Yaneth Vélez Castaño y John Freddy Serna Ospina.

Tercero.- Advertir a la Defensoría de Familia de Pueblo Rico que en el futuro, se abstenga de decidir sobre la guarda de los menores, sin la previa constatación de las condiciones reales en que ellos viven.

Cuarto.- Comunicar al Juzgado Promiscuo Municipal de Pueblo Rico este fallo, para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Este Despacho vigilará que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dé cabal cumplimiento a lo resuelto en esta providencia, y se servirá informar a esta Sala sobre el

inicio del proceso al que se refiere el numeral segundo.

Comuníquese, notifíquese, cúmplase e insértese en la gaceta de la Corte Constitucional.

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General