

T-148-93

Sentencia No. T-148/93

#### DERECHO A LA SALUD-Protección

La salud es como una prolongación del derecho a la vida en consecuencia participa de la dimensión en la que se desenvuelve la dignidad humana, y por tanto, todas las fuerzas del país se encuentran comprometidos en la protección de la persona contra las contingencias que vulneran la salud.

#### ACCION DE TUTELA-Indefensión/PRUEBAS-Inexistencia

La tutela es impetrada por uno de los representantes del menor, el padre, contra la madre que detenta la custodia, frente a la cual por obvias razones se encuentra en estado de indefensión; de todas maneras el numeral 9º antecitado presume la indefensión del menor si este es el solicitante, y en esta acción es así en virtud de la representación. Si bien en principio la falta de pruebas adicionales en el trámite de la tutela implica acoger las pruebas y los dichos del peticionario, en este caso se trata de una acusación contra otra persona a la cual le asiste igualmente el derecho de defensa y de presunción de inocencia, de suerte que no existe la prueba para afirmar que en este caso se presentó tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

#### MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Eficacia

En relación con la existencia de otros medios de defensa judiciales -elemento de procedibilidad de la acción de tutela-, éstos deben ser efectivos para la situación que esté en juego para de esta manera excluir la tutela. En este caso se encuentra en curso un proceso de custodia y cuidados personales del menor

REF: EXPEDIENTE T-7594

Peticionario: XX.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal-.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Santafé de Bogotá D.C., abril veintidos (22) de mil novecientos noventa y tres (1993).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, compuesta por los Magistrados Alejandro Martínez Caballero, Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el número T-7594, adelantado por el señor XX contra la señora YY.

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. Por reparto le correspondió el presente negocio a esta Sala, la cual recibió formalmente el expediente el día 18 de enero del presente año. De conformidad con el artículo 34 del Decreto No. 2591 antecitado, esta Sala de Revisión de la Corte entra a dictar sentencia.

1. Solicitud.

El señor XX a través de apoderado judicial instauró acción de tutela contra la señora YY a fin de que se le otorgue la custodia de su hijo menor ZZ, por considerar que la madre ha vulnerado los derechos fundamentales de éste, en especial el derecho a la vida.

El peticionario basa su solicitud en el hecho de que su menor hijo de un año de edad, nacido

de la unión libre con la señora YY, se encuentra en grave peligro de muerte por la falta de atención y cuidado, ya que en varias ocasiones ha sufrido caídas, que le ocasionaron lesiones en el cráneo, las que han motivado intervención quirúrgica de alto riesgo por su corta edad.

A raíz de la última intervención quirúrgica el peticionario solicitó los servicios profesionales de una enfermera para que atendiera al niño y le proporcionara los cuidados necesarios recomendados por el médico. Como no fue posible continuar con la atención de la enfermera, nuevamente y en dos oportunidades se cayó de la cama por lo que fue llevado a urgencias de un centro hospitalario.

El médico que ha venido conociendo del caso certificó la necesidad de una segunda cirugía y de controles periódicos, pero ninguna de las dos recomendaciones se ha llevado a cabo por la falta de voluntad de la madre del menor.

Considera el peticionario que el descuido de la madre se encuentra claramente probado, y que el menor está sometido al total abandono y malos tratos, por lo que solicita le sea entregado el niño en custodia para cuidar de él y lograr la recuperación de su salud.

El petente considera que también se han vulnerado los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 de la Constitución.

## 2. Fallos.

### 2.1. Fallo del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Barranquilla, de fecha octubre 16 de 1.992.

El Juzgado considera que el caso se encuentra enmarcado en una causal de improcedencia de que trata el artículo 1º, numeral 1º del Decreto No. 2591 de 1991, por cuanto existen otros medios de defensa judicial.

El Decreto No. 2272 de 1.989, dispuso la competencia de la Jurisdicción de familia lo mismo que el artículo 349 del Código del menor.

Con los anteriores argumentos el Juzgado consideró improcedente la solicitud de tutela, por que existen los medios judiciales y administrativos tendientes a la protección y defensa de los menores.

## 2.2. Impugnación

Dentro del término legal establecido, fue presentada la impugnación de la sentencia con fundamento en los artículos 2º y 8º del Decreto No. 2591 de 1991, ya que aún existiendo otro medio judicial de defensa, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

2.3. Fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala de Decisión Penal-, de noviembre 24 de 1992.

Considera el Tribunal que en el caso sub-exámine el peticionario cuenta con medios de defensa tanto administrativos como judiciales que le permitirán intentar la validez de sus derechos.

El artículo 31 del Decreto No. 2737 de 1.989 (Código del Menor) preve en su artículo 7º las situaciones de abandono y peligro del menor, cuando su salud física y mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre las parejas, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualesquier otros motivos. En su artículo 36 y siguientes el mismo Código indica el procedimiento de carácter administrativo que procede en estos casos, cuya competencia se adscribe al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por intermedio del Defensor de Familia.

Considera el Tribunal que el procedimiento que se sigue ante el Instituto es inmediato para asegurar la protección del menor, mediante una resolución que al tenor del artículo 57 del mismo Código, numeral 2º, ordena la custodia o cuidado personal si de las diligencias resultan ciertas las aseveraciones del demandante.

Así pues, considera el Tribunal, que el accionante puede acudir también a la vía judicial iniciando ante los jueces de familia un proceso de custodia y cuidados personales previsto en el artículo 253 y 254 del Código Civil y en el Decreto Reglamentario No. 2272 de 1.989.

Por los anteriores argumentos el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla confirmó en su integridad la Sentencia proferida por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de la misma ciudad.

## 3. Pruebas.

A solicitud de la Corte Constitucional el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Atlántico, remitió a esta Corporación copia de la historia integral socio-familiar y el estudio social realizado al Sr. XX.

A folios 110 y 118 del expediente, obran pruebas que demuestran la segunda cirugía practicada al niño ZZ, el 25 de noviembre de 1.992, que según los documentos resultó exitosa.

Igualmente, el Juzgado Quinto de Familia envió a la Corte Constitucional copia del expediente Nro. 2.035 correspondiente al proceso de custodia y cuidados personales del menor ZZ y, a folio 27, figura la providencia mediante la cual se resuelve la solicitud de custodia provisional. El Juzgado consideró:

“...Con relación a la custodia provisional del menor ZZ este juzgado estima no acceder a ella en razón a que no existe en el expediente razones o motivos que lleven al juzgador a considerar que la madre del menor no se encuentra en capacidad de atender a su menor hijo en el estado de convalecencia. Además la edad del menor aconseja que la persona indicada para prodigarle los cuidados necesarios sea su señora madre”.

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

### 1. Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para proferir sentencia de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto No. 2591 de 1991.

### 2. De la acción de tutela ejercida contra particulares.

La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política que establece:

Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando

quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública...

...La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante sea halle en estado de subordinación o indefensión (negrillas no originales).

La acción de tutela frente a particulares recoge lo que la doctrina alemana denomina “Drittwirkung der Grundrechte” (literalmente, efecto frente a terceros de los derechos fundamentales), que suele denotar la incidencia de los derechos fundamentales en el derecho privado y en las relaciones jurídicas privadas, cuya fuente es de carácter jurisprudencial desde 1958, a raíz del pronunciamiento del Tribunal Constitucional alemán en la sentencia dictada en el caso “Lüth”<sup>1</sup>. Esta teoría fue posteriormente acogida en España.

La Constitución de 1991 se inspiró igualmente en el aporte jurisprudencial alemán, que se centró en el hecho de que los derechos constitucionales despliegan un efecto en el tráfico jurídico entre particulares.

- Cuando el particular esté encargado de la prestación de un servicio público.
- Cuando el particular afecte grave y directamente el interés colectivo.
- Cuando el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

El artículo 42 del Decreto No. 2591 de 1991, que desarrolla la acción de tutela, establece en el numeral 9º que ésta procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

9- Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela.

Tanto el artículo 86 de la Constitución como el numeral 9º del artículo 42 del Decreto No. 2591 de 1.991 utilizan los términos “subordinación” e “indefensión” que, en su sentido jurídico, significan:

“Subordinación: Condición de una persona sujeta a otra o dependiente de ella”.

“Indefensión: La indefensión se produce cuando una persona, sin culpa de su parte, no ha podido defenderse o defender sus derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio”<sup>2</sup> .

En el numeral 9º del artículo 42 se protegen los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal que puedan ser vulnerados o amenazados por un particular, con la sola condición de la relación de subordinación o indefensión con tal persona.<sup>3</sup>

El mismo artículo establece la presunción de indefensión cuando se trata de un menor de edad.

### 3. De los derechos fundamentales de los niños.

El artículo 44 de la Carta reconoce los derechos fundamentales de los niños así:

Artículo 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 la 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.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (subrayas fuera de texto)

La Constitución de 1991 se determina por un eje sobre el cual giran todos los aspectos del Estado y la sociedad: el hombre. Los niños, como personas que son, gozan por tanto de dignidad humana. Por tanto los niños tienen derechos fundamentales, los cuales son reconocidos expresamente por el constituyente, como se nota con la transcripción del artículo 44, los cuales tienen un plus<sup>4</sup> respecto de los demás, ya que se les señala una

prevalencia con relación a los derechos de las otras personas. Ello señala la magnitud de tales derechos y la protección especialísima que se les debe dar.

La Constitución reconoce el valor y la fragilidad de los niños y por ello consagra expresamente sus derechos fundamentales y la correlativa obligación familiar social y Estatal de prodigarles asistencia y protección.

No es un capricho del Estatuto Superior proteger con tanto celo los derechos fundamentales de los menores, ya que por antonomasia estos derechos detentan las características de esenciales, inherentes e inalienables al ser humano<sup>5</sup>. Entonces, debe existir una mayor protección para el hombre en su inicial proceso de evolución física y psicológica, cuando se encuentra en un natural estado de indefensión en el cual debe ser cuidado por el Estado y por los particulares, según reza el mandato constitucional del artículo 1º, al establecer como uno de los elementos fundantes de Colombia la solidaridad de las personas que la integran. Así mismo, el artículo 13 inciso 3º, impone una obligación constitucional al Estado de proteger especialmente a aquellos que por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, realizando así una discriminación positiva.

Esta discriminación positiva también la realizan la sociedad y la familia en razón a que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, como lo establece el artículo 44 en desarrollo del artículo 13 de la Carta Fundamental, ya que se predica tanto de los deberes como los derechos la igualdad sustancial.

Ahora, elemento esencial del ser humano es su salud, tanto física como psíquica, por tal motivo la Carta reconoce su protección en los niños en un aparte del artículo 44, que preceptúa:

Artículo 44. son derechos fundamentales de los niños: ... la salud...

La Corte ha dicho que “la defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir -dentro del marco institucional- para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud”<sup>6</sup>.



La salud es como una prolongación del derecho a la vida en consecuencia participa de la dimensión en la que se desenvuelve la dignidad humana, y por tanto, todas las fuerzas del país se encuentran comprometidos en la protección de la persona contra las contingencias que vulneran la salud.

Es pues la salud un bien jurídico que debe ser protegido por el Estado y por la sociedad, pero particularmente por las personas encargadas del menor -ya sea la familia o el Estado-, que tienen la obligación de asistir al niño garantizándole su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Por otra parte la consagración del derecho de los niños al cuidado y al amor se encuentra en el artículo 44 de la Carta, refiriéndose a la situación anaclítica<sup>7</sup> que necesita el menor para su óptimo desarrollo, y que Cobos explica así<sup>8</sup>:

No se puede concebir una manera más definitiva de hacer énfasis en el hecho de que el desarrollo humano, en sus aspectos físicos y psicológicos, es esencialmente un evento bipolar en el que el sujeto (el niño) no puede ser considerado sin su correspondiente objeto (la madre, como objeto anaclítico primario). La situación de que el desarrollo psicológico normal sólo es posible dentro del clima de la dada es la esencia misma de la condición humana y su conceptualización de esa manera permite considerar el desarrollo como la progresiva separación de los dos miembros de la pareja materno-infantil, desde ese estado inicial en el que el recién nacido no tiene noción de un mundo exterior a sí mismo, como algo separado de él, y al que Freud llamó “esa masa de dos”, hasta la completa adquisición de una identidad propia, epítome de la autonomía.

El desarrollo tanto cognoscitivo como emocional va ligado a la obtención de comprensión y amor y al amparo de los padres o de las personas que detentan su cuidado.

Parece no haberse ocurrido a los investigadores el correlacionar el grado de aprovechamiento, con el grado de amor que el niño recibe de su familia, pues ya se ha demostrado que el amor no consiste sólo en dar, sino en hacer que se cumplan deberes, que se reciban esfuerzos de la persona amada, o aun, que se hagan sacrificios. el amor que sólo se da pero no exige o el amor que sólo recibe sin dar a su vez, no es amor. El amor correspondido es el único que merece este nombre. De ello se desprende que la conducta sobreprotectora no sólo no es amor, sino que llega a ser rechazo cuando coexisten las

atenciones de una parte y las agresiones de otra.

El niño debe ser ubicado fundamentalmente en el ámbito de una familia, como condición esencial para su desarrollo y protección. Esta relación es de tal importancia que el Constituyente la elevó a la naturaleza de derecho fundamental que rige por encima de la voluntad -no pocas veces voluble-, de sus progenitores, sobre todo en situaciones típicas de crisis de pareja.

Vale decir, el ofrecerle al niño un ambiente familiar es hoy no sólo manifestación natural de afecto y generosidad de sus progenitores sino también derecho exigible por el niño, con todas sus consecuencias y en todas aquellas circunstancias en que así lo demanden su protección y bienestar<sup>10</sup>.

Cuando existe separación de los padres, ruptura de la convivencia por hechos graves e irredimibles, o ésta nunca se ha dado, los padres deben hacer una distinción entre los problemas de la pareja y la relación con los hijos. Estos últimos deben ser el centro de atención y los padres deben procurar causar a los hijos el mínimo de angustia que la separación por sí misma produce.

Y como ya lo estableció la Corte Constitucional<sup>11</sup>:

“en su iluminada imaginación, para el poeta los niños son el mundo de suspirar la aurora. Para esta Corte, los niños en Colombia son también, en horabuena, titulares de los derechos constitucionales fundamentales,...; espejos fieles del respeto a la dignidad humana de los débiles y el aporte más valioso de nuestra sociedad a la causa universal de prolongar, cualitativamente enriquecidas, la vida y la cultura de la especie”.

Se aprecia entonces como el amor y el cuidado para con el niño es fundamental para su sana estructuración mental y física, evidenciándose el respeto a la dignidad humana del menor en el cumplimiento de este derecho.

Por el contrario, el maltrato del niño es una realidad latente en Colombia, que debe ser erradicado o por lo menos reducido a proporciones ínfimas debido a que se trata de una vulneración de la condición humana del menor. Al respecto, Fontana estima que “los niños golpeados de esta generación, si sobreviven serán los padres que golpeen a la generación

siguiente y miembros desadaptados de la sociedad”<sup>12</sup>.

El síndrome del niño maltratado es un trastorno médico-social que está alcanzando naturaleza epidémica, por su desarrollo cíclico de violencia, montado sobre la base de la causa y el efecto. Los traumas nacidos en la infancia no pueden más que dejar una huella muy difícil de borrar; en cambio ellos si generan en la persona ya adulta una conducta de olvido y privación de afecto para con sus hijos.

La familia, la sociedad y el Estado están en la obligación de proteger a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral<sup>13</sup>, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos, según lo establece el artículo 44 constitucional antecitado.

En ese orden de ideas, la actitud de los padres al realizar o permitir el maltrato del menor, en sus diferentes modalidades, “implica una falla del progenitor en lo referente al actuar debidamente para salvaguardar la salud, la seguridad, el bienestar del niño”<sup>14</sup>.

#### 4. Los Tratados Internacionales acerca de los derechos de los niños.

Todos los países han tratado de crear una cobertura especial a través de los Tratados Internacionales, que como una caparazón resguarda a los menores de los ataques de sus padres, de la sociedad y del Estado.

Entre los Instrumentos Internacionales ratificados por Colombia, es de mérito citar el Convenio No. 5 de la O.I.T. que fija la edad mínima para admitir niños en labores industriales, el Convenio No. 7 de la O.I.T. que fija la edad mínima de admisión de los niños en el trabajo marítimo, el Convenio No. 10 de la O.I.T. relativo a la edad mínima de admisión de los niños en el trabajo agrícola, Convenio No. 15 de la O.I.T. que fija la edad mínima de admisión de los jóvenes al trabajo, en calidad de fogoneros marítimos (todos los convenios mencionados fueron ratificados por Ley 129 de 1931); los cuales reflejan el afán de asegurar al niño frente al abuso y al maltrato que es sometido con ocasión del trabajo.

Sin embargo, el instrumento base de la protección al menor es la convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia mediante Ley 12 de 1991, que preceptúa en

relación con el maltrato y el derecho al desarrollo sano y normal:

## Artículo 2.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

También hacen relación al maltrato infantil los artículos 6º, 9º, 19, 37 y 39 de la Convención sobre derechos del niño.

## 5. De los mecanismos de protección para los derechos de los niños.

Los mecanismos de protección de los derechos de los niños se pueden escindir en dos partes: los judiciales y los administrativos.

Dentro de los judiciales están: la acción de tutela, mediante la cual se solicita de un juez, en procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales de la persona vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o por un particular -en determinados casos-, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa; la acción de cumplimiento, con la que toda persona puede acudir ante un juez para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo (mecanismo de protección de los aludidos en tanto el mencionado incumplimiento tenga efectos vulneradores en los derechos de los niños); los artículos 74 y 91 del Código Civil con la protección del que está por nacer; la jurisdicción de familia, que es aquella en la cual se definen situaciones que tienen que ver con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, permisos a los menores para salir del país cuando haya desacuerdo entre los representantes legales, procesos de alimentos de menores, entre otras; la jurisdicción de menores, en la que se conoce de las infracciones a la ley penal de los menores y su creación tiene como finalidad la protección especial que éstos requieren.

Entre los medios de protección administrativos están: la actuación administrativa del I.C.B.F. con el menor abandonado o en peligro físico o moral, con el menor que carece de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas, con el menor amenazado en su

patrimonio por quienes lo administran, con el menor autor o partícipe de una infracción penal, con el menor que carece de representante legal, con el menor que presenta deficiencia física, sensorial o mental, con el menor adicto a sustancias que producen dependencia, con el menor trabajador en condiciones no autorizadas por la ley, entre otras. Igualmente, la policía de menores y las comisarías de familia, cumplen funciones administrativas de protección al menor.

Cada mecanismo de defensa tiene su oportunidad y su radio de acción definido por la Constitución y por la Ley, por tanto, es dentro de esos límites que se debe ejecutar cada uno.

## 6. Del caso concreto.

El artículo 86 de la Carta establece que la acción de tutela procede contra acciones y omisiones de particulares en los casos determinados por la ley cuando estos están encargados de la prestación de un servicio público o su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión. A su vez, el numeral 9º del artículo 42 del Decreto No. 2591 de 1991, señala que la tutela procede contra particulares “cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

En el caso en particular, la tutela es impetrada por uno de los representantes del menor ZZ, el padre, contra la madre que detenta la custodia, frente a la cual por obvias razones se encuentra en estado de indefensión; de todas maneras el numeral 9º antecitado presume la indefensión del menor si este es el solicitante, y en esta acción es así en virtud de la representación.

La Constitución, en su artículo 86, trae como elemento esencial de la tutela la existencia de violación de derechos fundamentales o amenaza de su conculcación. En el caso bajo examen, la amenaza a la vida del menor se podría dar por uno de dos motivos: por la renuencia de la madre a la segunda intervención quirúrgica al cráneo o por la supuesta falta de cuidado al niño. Examinando la primera situación, la intervención quirúrgica se realizó y se restableció satisfactoriamente bajo el cuidado provisional de su padre, según se lee en el

expediente (folio 111). Por tanto no hay lugar a ella. Respecto de la falta de cuidado, en el expediente no obra prueba suficiente de la anterior aseveración, sólo existen las acusaciones del padre sin el debido sustento probatorio que clarifique la responsabilidad de la madre en las sindicaciones que a ella se le hacen.

Si bien en principio la falta de pruebas adicionales en el trámite de la tutela implica acoger las pruebas y los dichos del peticionario, en este caso se trata de una acusación contra otra persona a la cual le asiste igualmente el derecho de defensa y de presunción de inocencia, de suerte que no existe la prueba para afirmar que en este caso se presentó tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Ahora en relación con la existencia de otros medios de defensa judiciales -elemento de procedibilidad de la acción de tutela-, éstos deben ser efectivos para la situación que esté en juego para de esta manera excluirla tutela. En este caso se encuentra en curso un proceso de custodia y cuidados personales del menor ZZ en el juzgado quinto de familia de Barranquilla (folio 137), escenario indicado ciertamente para definir quien es el más indicado para detentar la custodia de Michael Steven López Tatis.

Así las cosas, se negará la tutela porque no existe amenaza a los derechos fundamentales del menor López Tatis.

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida por El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal-, por las razones expuestas en esta sentencia.

**SEGUNDO:** En guarda de la intimidad de la familia en cuestión, ORDENAR que en toda publicación de esta providencia se omitan sus nombres.

**TERCERO:** A través de la Secretaría General de la Corte Constitucional, ENVIAR copia de esta Sentencia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla -Sala Penal-, al Juzgado Noveno Penal del Circuito de Barranquilla, al Juzgado Quinto de Familia de Barranquilla, al

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -Dirección General y Seccional Atlántico-, a la Consejería Presidencial para la Juventud, Mujer y Familia, a la Asociación Colombiana para la Defensa del Menor Maltratado y al Defensor del Pueblo.

Cópiese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA.

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General.

1 GARCIA TORRES, Jesús y JIMENEZ BLANCO, Antonio. Derechos Fundamentales y relaciones entre particulares. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A. Madrid 1.986, Pág.11

2 Las dos definiciones se encuentran en el Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Argentina 1.987. Tomos II y III.

3

4 Corte Constitucional. Sentencia No. T-421 de junio 19 de 1992. Sala IV de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Alejandro Martinez Caballero.

5 Corte Constitucional. Sentencia No. T-02 de mayo 8 de 1992. Sala IV de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero.

6 Corte Constitucional. Sentencia T-505 de agosto 28 de 1992. Sala II de Revisión de Tutelas. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

7Según Francisco Cobos M.D. en Estrategia para una lucha contra el abandono, Bogotá , 1979, sin publicar, la situación anaclítica es la protección que permite la supervivencia.

8Francisco Cobos, ob. cit..

9SOLÍS QUIROGA, Hector. Justicia de Menores. Segunda edición. Editorial Porrúa S.A.. México. 1986. Pág 254.

10Cfr, Sentencia T-532 de 1.992, de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional.

11Cfr, Sentencia T-429 de 1.992, de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional.

12XXXXXX et. al. Tratado de Psiquiatria.

13V. Gutierrez de Pineda citado por Francisco Cobos M.D., en Ob. Cit., sostiene “que la salida del niño de su hogar para ingresar a la cultura de la calle se hace con mayor frecuencia debido a que percibe que el ataque físico , el excesivo castigo corporal, lo pone en condiciones en las que si no se escapa podría sufrir severo daño a su integridad corporal”.

14VILLAMIL MARTINEZ, Alba Cristina. El niño que sufre lesiones físicas y emocionales causadas por maltrato atendido en el hospital universitario y pediátrico de la misericordia de Santafe de Bogota. Tesis traba. soci. Español.