

VIA DE HECHO POR REGULACION DE VISITAS-Abuelos maternos no están legitimados para que se decreten a favor de ellos

Los familiares cercanos del menor, por ejemplo los abuelos, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en relación con los hijos en lo concerniente a la regulación de visitas. Que los menores sólo pueden ser sustraídos del hogar en el que convive con sus progenitores o con alguno de ellos, con la autorización de quien lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la potestad parental. Que existen disposiciones legales que protegen el derecho a las visitas al menor pero sólo referidas al progenitor que no lo tiene bajo su cuidado personal, es decir, existe falta de legitimidad en los abuelos para reclamar la regulación de visitas a su nieto en un proceso así denominado; y, finalmente, sólo son titulares de la potestad parental los padres, que en caso de fallecer uno de ellos, el otro será el único titular. La sentencia demandada constituyó una vía de hecho al disponer la regulación de las visitas a favor de los abuelos maternos, que no tienen legitimación, con retiro del menor del hogar en el que convive con su padre, aunque sea por algunas horas o por pocos días, sin la autorización de quien es el titular de la potestad parental y tiene al niño bajo su cuidado personal. En el presente caso se incurrió tanto en un defecto sustantivo como en uno procedimental, habrá, entonces, que ordenar que se deje sin efectos la sentencia, proferida por el Juzgado.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA-Concepto de familia extendida/INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección

La interpretación de índole constitucional del derecho fundamental de los menores de tener, conocer y relacionarse con otros miembros de su familia, además de sus progenitores, artículo 44 de la Constitución, obedece al hecho innegable del nexo que existe entre el desarrollo de la personalidad del niño y de su identidad con el afianzamiento de su certeza de que pertenece a un grupo familiar que lo quiere y apoya. Es decir, que no está solo. En efecto, es propio de las personas el deseo de conocer sus orígenes, saber quiénes son sus ascendientes. Este conocimiento, desde la niñez, según los expertos, permite a las personas, y en particular a los menores, elaborar su propia historia, reconocer en sus propios rasgos los de sus padres, los de los padres de sus padres, hermanos, tíos, primos, etc. Por ello, privarlo

de este conocimiento puede desembocar en problemas de identificación. Cuando el juez de tutela ha analizado estos temas, lo ha hecho bajo la consideración de salvaguardar la garantía del interés superior del menor; que el ambiente de unidad familiar contribuya a su formación integral y armónica, pues, de esta manera se hacen efectivos los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad; y, el derecho a la identidad personal. Principios que se encuentran en los artículos de la Constitución.

Referencia: expediente T-677.821

Acción de tutela instaurada por Edgar Alfonso Varela Guevara, en representación de su hijo menor de edad, Andrés Varela Alonso, contra el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá.

Magistrado Ponente :

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., cinco (5) de marzo de dos mil tres (2003).

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 25 de octubre de 2002, en la acción de tutela presentada por Edgar Alfonso Varela Guevara, en representación de su menor hijo, Andrés Varela Alonso, contra el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá.

El expediente llegó a la Corte, por remisión que hizo la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Doce de esta Corporación, en auto de fecha 6 de diciembre de 2002, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

El actor presentó acción de tutela el 23 de agosto de 2002, ante el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, contra la sentencia del 24 de julio de 2002, proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, que reguló las visitas a favor de los abuelos maternos de su

hijo menor de edad, pues, según explica, tales visitas son dañinas para el niño. Solicita el amparo de los derechos a la integridad física, salud y el cuidado del menor, con el fin de evitarle un perjuicio irremediable. Puso de presente que si bien ya había presentado una acción de tutela ante ese Tribunal, tutela que fue fallada favorablemente, ahora los hechos son distintos. Sus argumentos se resumen así :

1.1 El Juzgado demandado reguló las visitas a favor de los abuelos maternos de su hijo Andrés Varela Alonso, que vive con él, de la siguiente manera :

“1. Regular las visitas a favor de los señores Guillermo Alonso Avila y Zoraida Suárez de Alonso respecto de su menor nieto Andrés Varela Alonso, quien se encuentra conviviendo con su padre Edgar Alfonso Varela Guevara de la siguiente manera : Los abuelos podrán departir con su nieto Andrés Varela Alonso en la casa de éstos (Guillermo Alonso Avila y Zoraida Suárez de Alonso), cada quince (15) días los sábados de diez (10:00 a.m.) de la mañana a seis (6:00 p.m.) de la tarde, por el término de seis (6) meses. Debiendo los abuelos recogerlo en la casa paterna y regresarlo a la misma. Vencidos los seis (6) meses, las visitas serán cada quince (15) días en la que el menor pernoctará en casa de sus abuelos a partir del sábado a las diez (10:00 a.m.) de la mañana hasta el domingo a las cinco (5:00 p.m.) de la tarde o el lunes a esta misma hora en caso de que sea festivo.”

El demandante pide al Tribunal que para proteger los derechos del menor suspenda el régimen de visitas dispuesto en esta sentencia, pues ésta es una providencia “inconsulta con la redacción normativa -error de derecho y, de otra parte, incongruente con la realidad probatoria -error de hecho.” Es decir, se trata de una “vía de hecho”.

Dice que el daño al menor es tan evidente que el Tribunal debe darle aplicación del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, ordenando la suspensión inmediata de las visitas.

Los hechos que originaron esta situación, los sitúa el demandante así :

El actor contrajo matrimonio con Adriana Alonso Suárez el 4 de septiembre de 1999. El 29 de septiembre del 2000 nació su hijo Andrés y, al día siguiente, el 30 de septiembre, la madre falleció. Adriana era la hija única del matrimonio Alonso Suárez, por consiguiente, Andrés es el único nieto de los abuelos maternos.

Dice el actor que en aras de lograr lo mejor para su hijo, accedió a que los padres de Adriana se trasladaran a vivir a su residencia, permitiendo que ocuparan su propio cuarto, porque allí todo estaba dispuesto para el recién nacido. Por esta convivencia, se va percatando que la señora Zoraida Suárez, madre de su fallecida esposa, está perdiendo los límites e invade esferas y espacios. Se torna agresiva y “presenta un duelo mal manejado que genera incomodidades que conducen a que tengan que dejar de residir en mi domicilio”. No obstante, los abuelos continúan visitando al niño y pasados 15 días éste sufre una enfermedad intestinal y respiratoria que lo pone en peligro de muerte, por lo que tuvo que permanecer en cuidados intensivos.

Ante esta situación, el actor toma una licencia para estar en contacto directo con el niño y contrata los servicios de una niñera. Esta decisión le generó una gran contrariedad a la señora Zoraida Suárez que empezó a formularle acusaciones temerarias, además, intentó suplir a su hija fallecida y a no respetar sus decisiones como padre.

Posteriormente, los padres de su esposa iniciaron un proceso de reglamentación de visitas contra el actor, en demanda admitida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá. La Juez, en providencia del 31 de agosto de 2001 dispuso visitas provisionales a favor de los abuelos. Contra esta decisión, su apoderada interpuso recurso de reposición, que fue resuelto desfavorablemente.

Manifiesta que “Cada vez que los señores Guillermo Alonso y Zoraida Suárez han pretendido ver a Andrés no impedí las visitas, y por el contrario procuro concretar con ellos el día y la hora. No obstante ellas se han convertido en algo traumático para el niño. Ciertamente en las visitas ocurridas se exterioriza el rechazo del niño hacia los señores Guillermo Alonso y Zoraida Suárez, pues llora desesperadamente y muestra reacción visible en su cuerpo, situación que no ocurre cuando el menor se encuentra en presencia de otras personas, incluso extrañas. En otras visitas el niño ha reaccionado por la presencia de sus abuelos y ante la insistencia de éstos por llevarlo a la casa de los Alonso Suárez y la inseguridad del niño por no estar conmigo, tuve que trasladarme a dicha residencia y permanecer todo el tiempo de la visita.” (fl. 39, cuaderno de primera instancia)

Por esta razón, señala el actor que presentó anteriormente otra acción de tutela como mecanismo transitorio, contra la decisión del mismo Juzgado Noveno de Familia que había

decretado visitas provisionales a favor de los abuelos maternos, tutela que fue resuelta a favor del demandante.

Considera que ahora, nuevamente, es procedente la tutela contra la sentencia del Juzgado Noveno de Familia, ya que es una vía de hecho, es una violación directa e indirecta a la ley sustancial y a las normas del derecho internacional. Considera que esta providencia viola el artículo 3 de la Convención de los derechos del niño, en que se establece que las medidas que tomen las entidades competentes deben atender el interés superior del niño, lo que no ocurrió con esta decisión. El artículo 44 de la Constitución también consagra que los derechos del niño prevalecen. La Juez debió preguntarse qué perjudica menos al niño, el que sus abuelos maternos lo visiten o que no lo visiten, pues el asunto a resolver no es si los padres o los abuelos tienen o no derechos sobre el menor.

De otro lado, de acuerdo con el contenido de los artículos 253 y 256 del Código Civil, se deduce que corresponde a los padres el cuidado personal de sus hijos y el derecho a las visitas del padre o de la madre que no los tienen bajo su cuidado personal. Estas disposiciones no aluden al derecho de los abuelos de tales visitas. Estima, entonces, que si él está ejerciendo la patria potestad por qué no puede decidir sobre los términos y condiciones en los que cualquier pariente pueda visitar a su hijo.

Además, las pruebas del proceso de regulación de visitas conducen a concluir que las visitas de los abuelos a su hijo “no se encuentran enderezadas a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares, sino que por el contrario están propiciando la desunión y debilidades y, de otra parte, afectando su salud física o mental” produciéndole al niño urticarias y angustias como lo señalan los testimonios y dictámenes, dentro de los que adjunta el de Medicina Legal del que transcribe apartes. Sin embargo, la Juez Noveno de Familia desconoció estas pruebas.

Resalta el actor que, no obstante, la propia sentencia atacada le concede la razón al señalar en la parte motiva que se recomienda a las partes que se sometan a terapia de familia y a la señora Zoraida Suárez que reciba apoyo psicológico que la ayude a elaborar el duelo y a cumplir a cabalidad su papel de abuela.

Señala que aunque el derecho a las visitas de los abuelos es jurídicamente discutible “de mi parte no obra oposición alguna a que ello se realice, por el contrario, los hechos demuestran

que no me opongo. Lo que encarezco, como lo haría cualquier padre, es que esas visitas se hagan en condiciones humanas fundamentales, es decir, conforme se tiene establecido no sólo en las normas jurídicas, sino en las extrajurídicas de la racionalidad, esto es que para el niño signifiquen el compartir momentos de sano intercambio y esparcimiento; y ello lo definen los padres, hasta que no se les demuestre su incapacidad o inhabilidad para hacerlo. Por el contrario, las pruebas aportadas al proceso señalan que como padre he cumplido a cabalidad mis obligaciones y que con gran esmero he buscado accesoria (sic) tanto profesional como social, espiritual y religiosa. Es más, según los expertos y el expediente, para Andrés su figura de seguridad soy yo, como figura de apego de la que no se puede separar, mostrando que la figura de los abuelos ya sean paternos o maternos no es indispensable para su desarrollo físico y psicológico. Ruego entonces, y en el prurito de proteger la integridad de mi hijo, no decretar régimen de visitas de los abuelos Zoraida Suárez y Guillermo Alonso. Estos como se dijo en su oportunidad sufren de depresión la cual constituye un trastorno en la afectividad que se debe detectar y tratar a tiempo ya que esta inhibe la formación de un buen vínculo afectivo con el hijo, esto conlleva el riesgo de alterar el sistema vincular con el hijo. La depresión puede conllevar también el riesgo de impedir que se capte y se responda adecuadamente a las señales comunicacionales del niño. En este caso es aplicable a la relación abuelos nieto.” (fls 43 y 44)

Hace referencia, además, a pruebas y testimonios que se recogieron en el proceso de regulación de visitas y trae a colación lo dicho por su apoderada allí en el sentido de que los abuelos maternos sufren de depresión. Explica que la señora Zoraida tiene dos duelos no resueltos, el primero, la pérdida de la hija cuando contrajo matrimonio y, el segundo, cuando ella falleció.

Finalmente, en esta acción de tutela, transcribe un concepto de la psiquiatra infantil, Isabel Cuadros, de fecha 8 de agosto de 2002, dirigido al Tribunal, en el que básicamente dice que el niño no conoce a sus abuelos maternos y no ha desarrollado la estructura del tiempo que le permita saber que la separación de su padre es transitoria. Además, que por el informe de psiquiatría forense, la impulsividad señalada en el carácter de la abuela “es un factor de riesgo para el adecuado cuidado y protección del niño.” (fls. 34 y 35 del cuaderno de tutela). Hace notar el actor que en el proceso de visitas solicitó al Juzgado Noveno de Familia que decretara como prueba el concepto de esta profesional, pero la Juez no la decretó.

A este escrito de tutela, el demandante anexó documentos.

1.2 Posteriormente, el 29 de agosto de 2002, el actor remitió a la Magistrada sustanciadora del Tribunal, un escrito en el que describe la visita de los abuelos maternos el pasado sábado 10 de agosto. Señala que ellos llegaron al apartamento con juguetes y dulces. El niño se encontraba sentado en las piernas del papá “toma mis manos y las coloca alrededor de su cintura como un gesto en busca de seguridad. Después de un tiempo mi hijo Andrés desciende de mis piernas hasta el piso para curiosear los juguetes que los abuelos han dispuesto. Entonces hacen conocer los abuelos maternos a Andrés la intención de llevárselo con ellos a lo que reacciona con llanto fuerte que se incrementa al ser rodeado por los brazos de la señora Zoraida Suárez, forcejea con ella hasta lograr soltarse, con profunda tristeza continúa con inconsolable llanto y se coloca boca abajo sobre el piso entrando en forma casi súbita en un profundo estado de sueño. De nuevo lo alza la abuela. Para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por el Juzgado permito que mi hijo Andrés sea llevado por los abuelos. Es de resaltar aquí la reacción de rechazo que manifiesta mi hijo ante la idea de ser llevado por los abuelos y el hecho de que es sacado de nuestro apartamento dormido. Quedo entonces en estado de profunda tristeza ante los hechos y con la confianza puesta en las palabras del señor Guillermo Alonso quien aseveró que tan pronto advirtieran malestar en Andrés o inquietud lo regresarían en forma inmediata. Hacia el medio día recibo una llamada telefónica del señor Guillermo Alonso y me dice que Andrés se encuentra muy bien y que incluso no ha llorado nada y que me lo devuelven a las 6 de la tarde. Desconsolado continuo todo ese día en mi apartamento. Unos minutos antes de las 6 pm devuelven los abuelos maternos a Andrés quien llega en un estado de letargo, con la mirada perdida, los ojos llorosos y en franca andinamia. Al despedirse los abuelos le dicen que en 15 días volverán a llevárselo.” (fls. 67 y 68) Continúa el actor señalando que en los días posteriores el menor está inapetente, alternando en su estado de ánimo momentos de irritabilidad con estados regresivos, permaneciendo aletargado y deprimido. Con diarrea y alteración del sueño. Acudió donde la psicóloga Isabel Cuadros que dijo que el niño se encuentra en un estado de “reacción depresiva y angustia de separación de su padre.” Su pediatra dictaminó que ha perdido peso y confirma el estado de enfermedad diarreica. Acompaña ambas certificaciones de fecha 23 de agosto de 2002. Por ello dice el actor que “Es así como ante los hechos relatados, basados en el dictamen de la doctora Isabel Cuadros psiquiatra infantil y guiado por el amor a mi hijo y su protección no permití el sábado pasado la visita de los abuelos.” (fl. 68)

Acompañó algunas fotografías tomadas antes de la llegada de los abuelos en la visita del 10 de agosto, cuando ellos llegaron y cuando lo regresaron. (fls. 4 a 63), con el fin de demostrar que el niño estaba tranquilo antes de que se produjera el encuentro y después no.

1.3 En un tercer escrito de fecha 2 de septiembre de 2002, el actor le insiste al Tribunal para que se reciba la declaración de la doctora Isabel Cuadros, psiquiatra infantil. También que el Tribunal decrete que los abuelos y el niño asistan al despacho para que el juez de tutela constate directamente la reacción del menor con sus abuelos. Menciona que estas pruebas pidió que se realizaran en el proceso, pero la Juez Novena de Familia no las decretó. Con ellas se logrará verificar que el conflicto no es de adultos sino que se explica por la ciencia médica. Señala que si ahora hay problemas con estas visitas, por qué no se espera a que el niño crezca y que él decida, por su propia voluntad, sobre ellas. No se explica por qué el juzgado impuso un régimen de visitas a los abuelos como si se tratara del caso de una mujer separada. Considera que a él como padre se le está violando su derecho a la igualdad, en razón de género, pues a ninguna mujer se la separa de su hijo de menos de 2 años por largos períodos.

2. Actuación procesal.

El Tribunal Superior de Bogotá ordenó a la Juez Novena de Familia de Bogotá el envío de la fotocopia completa del proceso de reglamentación de visitas. La copia conforma un cuaderno de 488 folios. En auto del 28 de agosto de 2002 ordenó notificar a los abuelos maternos y a su apoderada el inicio de esta acción de tutela.

3. Respuestas de la Juez Novena de Familia de Bogotá y de la apoderada de los abuelos maternos al juez de tutela.

3.1 La Juez Novena de Familia de Bogotá, en escrito de fecha 30 de agosto de 2002, se opuso a la procedencia de esta acción de tutela. Explicó que “El fallo cuestionado no es fruto de solo capricho o arbitrariedad sino que obedece a una racional ponderación de las pruebas y de las normas jurídicas aplicables al caso, por lo que la tutela resulta improcedente dado que el juez constitucional no puede inmiscuirse en la labor hermenéutica efectuada por el juez en su fallo. El juez constitucional no puede convertirse en juez de instancia para valorar los fundamentos fácticos probatorios y jurídicos del asunto.” (fl. 71)

3.2 Los abuelos maternos, a través de apoderado judicial, se opusieron a esta acción de tutela. Se pone de presente que estando debidamente ejecutoriada la sentencia del Juzgado Noveno de Familia, el actor presentó esta acción de tutela, con el fin de impedir el cumplimiento del derecho a las visitas que les fue reconocido por sentencia judicial.

Hace notar al Tribunal que no es cierto que la sentencia en mención sea una vía de hecho como lo aduce el demandante, ni que viole el derecho a la integridad física, salud y cuidados del menor, pues, la prueba principal que aduce es una certificación médica expedida con posterioridad a la sentencia atacada. Es decir, el actor califica de vía de hecho una sentencia con base en una prueba ajena al proceso y dirigida específicamente a la acción de tutela. Prueba que no fue controvertida en el proceso de regulación de visitas por una de las partes.

Además, la acción de tutela no es una nueva instancia para abrir un debate ya resuelto con las formas propias de cada juicio y con efectos de cosa juzgada. Ni se observa en la sentencia atacada que el juzgador hubiere cometido algún error de bulto inexcusable que pueda considerarse como una vía de hecho.

En cuanto a los dos argumentos en que apoya la petición de revocatoria de la sentencia, que denomina vía de hecho, por la presunta existencia de un defecto sustantivo y de un defecto fáctico, el apoderado de los abuelos maternos se opone a ellos así : el denominado defecto sustantivo, porque la sentencia no consulta el interés superior del menor y que los abuelos no tienen derecho a las visitas a su nieto, se caracteriza por la vaguedad y la ausencia de contenido jurídico, que no se llena ni aún con las interpretaciones del Código Civil que hace el señor Varela. Por el contrario, el derecho del menor de ver y relacionarse con sus abuelos maternos y de éstos de visitarlo dan vida al derecho del menor para su desarrollo integral. Estas visitas son un derecho y no una expectativa sujeta al capricho del titular de la patria potestad, no sólo en Colombia sino en otros países.

El actor en el proceso de regulación de visitas nunca pudo demostrar la existencia de una grave y justa causa para impedir a los abuelos maternos relacionarse e interactuar con su nieto a través de las visitas.

Respecto del denominado defecto fáctico, consistente, al decir del actor en que el juzgado no valoró correctamente algunas pruebas y omitió otras, el apoderado judicial de los abuelos

maternos considera que nuevamente se invade la esfera del debate que se dio en el proceso ordinario de familia. El juez tiene poderes de instrucción, y en materia de pruebas, la ley le permite que para la correcta conducción del proceso, puede prescindir de las decretadas de oficio o limitar los testimonios y darles una valoración de acuerdo a la persuasión racional.

La juez apreció las pruebas en su conjunto y concluyó que las visitas eran procedentes. Si el actor estima que esto no es así, no es relevante para la decisión de la acción de tutela. En el proceso, el actor, a través de su apoderada, ya tuvo la oportunidad de expresar su visión del asunto. No es este momento el adecuado para examinar estas pruebas. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la independencia del juez en la valoración de las pruebas, en la sentencia T-055 de 1997.

Considera absurdo que el actor pretenda ahora traer y solicitar nuevas pruebas “extemporáneamente preparadas para tratar de demostrar que el menor se encuentra en peligro inminente en su salud, según él por el mero hecho de que sus abuelos maternos lo vean y se relacionen con él. (...) Se pretende traer una litis ya desatada mediante sentencia, a un terreno clínico, mediante la exposición de un panorama, donde los abuelos maternos son presentados perversamente como sujetos desquiciados que constituyen una amenaza para la salud del menor, y para ello recurre irresponsablemente el padre del niño a su particular grupo de amigos y profesionales a sueldo, para deducir de breves y cuestionables diagnósticos que todos los males que aquejan al menor son ocasionados por sus abuelos, quienes sólo lo han podido ver una vez en los últimos diez meses. Dándole un tinte de exclusividad al afecto que pueda recibir el menor, lo cual puede ser aún más nocivo para su desarrollo relacional generándole conductas ansiosas no sólo con sus abuelos sino con todas las personas que puedan tener algún tipo de interacción con él.” (fl. 89) El actor pretende hacer responsables a los abuelos desde una leve urticaria hasta las depresiones, que muy seguramente sufre el menor. Considera cuestionable la responsabilidad del padre no sólo en la salud del niño sino que está replicando en él los odios y ansiedades. A nivel de los investigadores, es muy discutible la tesis del actor de que el menor sufre ansiedades sólo al tener contacto con los abuelos maternos.

En su opinión, no es justo con el menor que con ocasión de esta acción de tutela, deba someterse a nuevas pruebas psicológicas o psiquiátricas para entrar a controvertir la prueba aportada por el actor de la doctora Cuadros, no tanto por el diagnóstico de depresión del

menor, que lamentablemente puede ser verdad, sino por la manera tan ligera como supone que la dolencia es responsabilidad de los abuelos. En su opinión es sospechoso que la doctora Cuadros antes de la visita de los abuelos, realizada el 10 de agosto de 2002, estuviera advirtiendo en escrito dirigido al Tribunal el 8 de agosto, que las visitas eran altamente nocivas para el menor. Y después, certifica el 26 de agosto, que el niño se encuentra deprimido luego de tal visita. Por ello, el apoderado tacha esta prueba como altamente sospechosa.

Pone de presente que en el proceso se recaudaron múltiples pruebas de carácter médico y psiquiátrico y “en ninguna de ellas se encontró que los señores Guillermo y Zoraida Alonso sufran alguna patología que pueda ser lesiva para el menor.” (fl.. 91) Así se deduce de la pruebas del expediente.

Finaliza este escrito con un recuento sobre lo que en opinión del apoderado ha sido la conducta reprochable del actor en cuanto a las visitas de los abuelos a su nieto. El primer sábado de las visitas programadas por la sentencia atacada, el padre se ausentó del domicilio con el niño. A los 15 días, que es la primera y única realizada, estaba esperando a los abuelos “con el niño entrelazado fuertemente entre sus brazos absolutamente inmóvil y sin pronunciar siquiera una palabra, todo en presencia de una persona encargada de filmar todo lo que pudiere acontecer. Sin embargo, la visita pudo llevarse a feliz término a pesar de la actitud del padre del menor, pues por unas pocas horas los abuelos maternos pudieron brindar su cariño y afecto al menor en un ambiente sosegado y de paz, interrelacionándose adecuada y alegremente. Esto no es una suposición, pues por azar o por fortuna y con el único y exclusivo fin de guardar un hermoso recuerdo de su nieto, no de preconstituir una prueba, los esposos Alonso filmaron estos momentos, documento fílmico que será aportado como prueba en esta oportunidad.” (fl.93)

Acompañó, entre otros documentos, copias de los escritos dirigidos al actor por el señor Guillermo Alonso, pidiéndole facilitar las visitas a su nieto y los relatos de las visitas frustradas, dirigidas al Juzgado Noveno de Familia. Lo mismo que fotos de la visita a la casa de los abuelos.

4. Sentencia de primera instancia.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, en sentencia de fecha de 26 de octubre de

2002, negó la tutela pedida.

El Tribunal consideró que la acción de tutela no procede contra decisiones judiciales, salvo cuando sea manifiesta y ostensible la ilegalidad de la misma o arbitrariedad de la manifestación de voluntad en ella. Examinadas las copias allegadas del proceso de regulación de visitas, no se observa que se hubiere violado el debido proceso ni los derechos del menor, pues, la decisión no obedeció a la sola voluntad o capricho del juzgado demandado, sino que se encuentra fundada en normas constitucionales y legales y en la reiterada jurisprudencia constitucional del derecho de los niños a tener una familia y disfrutar del cuidado y del amor de ambos de sus progenitores, así como relacionarse con los demás miembros de la familia. No puede afirmarse que esta decisión sea una vía de hecho, ya que sería desconocer el principio de la autonomía funcional que rige la actividad judicial. El fallo cuestionado está garantizándole al menor el derecho de tener contacto con sus abuelos maternos, “pues como es bien sabido, por tratarse de un menor de edad, debe ser objeto de una protección especial, ya que su condición física y mental los coloca en circunstancias de debilidad manifiesta.” (fl. 107)

5. Impugnación.

A través de apoderado judicial, el actor impugnó esta decisión. Los argumentos son semejantes a los expuestos para presentar la acción de tutela y los demás escritos que dirigió al tribunal. Se pregunta por qué interrumpir el proceso sano de desarrollo del menor para beneficio de unos abuelos, con afán egoísta. Los abuelos maternos no reconocen las necesidades del menor, si así fuera emprenderían una terapia psicológica como fue la recomendación de medicina legal. La sentencia atacada desconoció el concepto científico de la “base segura y pérdida afectiva” y el dictamen de medicina legal. La Juez incurrió en un falso juicio de identidad por la forma como reglamentó las visitas. Señala que en el material probatorio se constata que los abuelos han asumido que éste les pertenece, que es la herencia de su hija, lo que de aceptarse implicaría una errada concepción del derecho a las visitas.

Pide que la Corte Suprema de Justicia unifique la jurisprudencia precisando que la institución de las visitas no es un derecho de los parientes de visitar al niño, sino un derecho del niño a que lo visiten “Equívoco en la concepción, que determina gravísimas consideraciones sobre

el tema, tales como obligar a un padre como Edgar Varela o cualquiera de nosotros a que indistintos parientes puedan retirarle a su hijo por uno o más días de su custodia y cuidado ...” (fl. 13, cuaderno segunda instancia)

No obstante lo dicho en la sentencia de la Corte Constitucional, sentencia T-182 de 1996, en el presente caso, el acercamiento entre el niño y sus abuelos maternos no refleja una verdadera compenetración y entendimiento.

5. Sentencia de segunda instancia.

En sentencia del 25 de octubre de 2002, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia impugnada. Consideró que la providencia del Juzgado Noveno de Familia de Bogotá frente al asunto de regulación de visitas “en manera alguna traduce actos ilegítimos, subjetivos o antojadizos, ya que como lo señaló el Tribunal, el éxito de las pretensiones canalizadas a través del memorando trámite, se adoptó con estribo en las consideraciones de orden fáctico y jurídico plasmadas en el fallo proferido y de acuerdo con la valoración hecha a los medios de prueba recaudados, particularmente a partir de las declaraciones rendidas por los diferentes testigos y teniendo en cuenta lo expuesto por los intervinientes en las audiencias de interrogatorio de parte y el dictamen practicado por medicina legal.” (fl. 24)

Al confirmar la sentencia impugnada, la Corte Suprema de Justicia recordó, además, que la sentencia objeto de esta acción no hace tránsito a cosa juzgada, de suerte que si las condiciones fácticas lo hacen necesario, nada impide que se someta a composición judicial lo relacionado con las visitas.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Lo que se debate.

2.1 Para el padre del menor, el Juzgado Noveno de Familia, en la sentencia de fecha 24 de julio de 2002, incurrió en una vía de hecho, pues no tuvo en cuenta los conceptos científicos que probaban el daño que las visitas de los abuelos maternos causaban al menor; que el padre es la figura de seguridad del niño, por lo que no puede ser separado de él; y que la decisión paso por encima de sus derechos como padre que tiene a su hijo bajo su cuidado personal y ejerce la patria potestad.

2.2 Los jueces de tutela que conocieron de esta acción no la concedieron porque al examinar la sentencia atacada consideraron que lo decidido allí no se traduce en actos ilegítimos, subjetivos o caprichosos del juzgador. Señalaron que la Juez adoptó su decisión de acuerdo con la valoración que realizó a los medios de prueba recaudados en el proceso. Además, el ad quem observó que esta clase de sentencias no hacen tránsito a cosa juzgada absoluta, es decir, frente a nuevas circunstancias, las partes pueden acudir a la jurisdicción de familia.

2.3 Expuesto así el objeto de esta acción de tutela, la Sala de la Corte entra a examinar si la sentencia acusada configuró la vía de hecho que alega el padre. Para tal efecto, se recordará en qué consistió la decisión de la regulación de visitas, dispuesta en la sentencia del 24 de julio de 2002. En la parte resolutive se ordenó :

“1. Regular las visitas a favor de los señores Guillermo Alonso Avila y Zoraida Suárez de Alonso respecto de su menor nieto Andrés Varela Alonso, quien se encuentra conviviendo con su padre Edgar Alfonso Varela Guevara de la siguiente manera : Los abuelos podrán departir con su nieto Andrés Varela Alonso en la casa de éstos (Guillermo Alonso Avila y Zoraida Suárez de Alonso), cada quince (15) días los sábados de diez (10:00 a.m.) de la mañana a seis (6:00 p.m.) de la tarde, por el término de seis (6) meses. Debiendo los abuelos recogerlo en la casa paterna y regresarlo a la misma. Vencidos los seis (6) meses, las visitas serán cada quince (15) días en la (sic) que el menor pernoctará en casa de sus abuelos a partir del sábado a las diez (10:00 a.m.) de la mañana hasta el domingo a las cinco (5:00 p.m.) de la tarde o el lunes a esta misma hora en caso de que sea festivo.”

2.3.1 Esta decisión es la culminación de un proceso de regulación de visitas iniciado con la demanda presentada por los abuelos maternos, a través de apoderada judicial, ante la jurisdicción de familia, a inicios del año 2001. Como se observa de la lectura del expediente, cuya fotocopia obra en esta acción de tutela en 488 folios, las audiencias de conciliación

fracasaron. Se debatieron numerosos argumentos sobre el derecho y la conveniencia de las visitas por parte de los abuelos maternos a su nieto. Se dio la circunstancia de que el abuelo materno es un reconocido médico especialista en ortopedia, el padre del menor, también es un reconocido médico cardiólogo y la fallecida madre del niño, era también una joven médica. De allí que en el expediente obren numerosos conceptos de especialistas aportados o solicitados por las partes, testimoniando la conveniencia o no de las visitas de los abuelos, ya que son dos los argumentos principales del padre para oponerse a las mismas : uno, que él es la “figura de seguridad del niño” y las implicaciones que en el desarrollo del menor esto representa cuando es separado de él, así sea temporalmente; y, el otro, es la conducta de la señora Zoraida Suárez, abuela materna del menor, que presenta desajustes de personalidad, pues no ha podido superar el duelo por la pérdida de la hija, por lo que no resulta conveniente ni saludable para el menor la relación con su abuela.

2.3.2 En la sentencia atacada, la juez adoptó la decisión de regular las visitas, tomando en consideración todas las pruebas y, en especial, las valoraciones psicológicas realizadas por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Grupo de Psiquiatría y Psicología Forenses, al menor, a su padre y a los abuelos maternos, ordenadas por su despacho y llevadas a cabo los días 20 de febrero y 30 de abril de 2002. En estas valoraciones quedó claro que los rasgos de personalidad de los abuelos no implican riesgo de daño para el menor.

Las conclusiones individuales de estas valoraciones son :

a) En cuanto al menor, que en esa época tenía 17 meses, dice :

“Conclusión : el menor Andrés Varela Alonso presenta un adecuado desarrollo tanto físico como psicológico.

No existe suficiente información para conceptuar acerca del daño que puede producir en el menor la visita de sus abuelos pues ellos no han sido examinados. [examen que después se realizó, el 30 de abril].

La reacción del menor en algunas visitas de sus abuelos maternos puede deberse a las situaciones altamente estresantes en que estas se han desarrollado.

De continuar esta situación puede producirse daño al menor, dada la actitud de los adultos

durante ellas.” (fl. 350)

b) En cuanto al padre del menor :

“Conclusión : (...) se concluye que el señor Edgar Varela presenta rasgos obsesivos de personalidad los cuales no constituyen patología.

Su desempeño como padre frente a su menor hijo ha sido en términos generales adecuado pero se ha visto limitado por los hechos materia de este proceso.

Se sugiere que las partes (abuelos y padre del menor) se sometan a una terapia de familia con profesionales entrenados y neutrales, con el ánimo de conseguir llegar a acuerdos que disminuyan la tensión, y los posibles rencores y malos entendidos que puedan existir, y que consulte los intereses tanto de los abuelos como del padre y sobre todo se respeten los derechos de todos, especialmente los del menor en desarrollo.” (fl. 346)

c) En cuanto la abuela materna :

“Conclusión : la señora Soraida (sic) Suárez es una mujer adulta con rasgos impulsivos de personalidad.

Sus rasgos de personalidad no representan en sí mismos una amenaza de daño a su pequeño nieto.

En la actualidad presenta un duelo no resuelto por la muerte de su única hija.

Se sugiere que reciba apoyo psicológico que le ayude a elaborar el duelo para que pueda a su vez cumplir a cabalidad su papel de abuela.” (fl. 364)

d) En cuanto al abuelo materno :

“Conclusión : el señor Guillermo Alonso no tiene rasgos patológicos en su personalidad.

La relación con su nieto no implica ningún riesgo de daño para éste último.” (fl. 368)

Debe tenerse en cuenta que cada una de estas conclusiones está precedida de una detallada valoración de los hechos, antecedentes personales, historia familiar, personal y social,

personalidad, exámenes físicos y del estado mental de cada uno de los examinados.

2.3.3 De otro lado, tal como se advirtió en los antecedentes de esta providencia, estas mismas discusiones : desajustes en la conducta de la abuela y ser el padre la figura de seguridad del niño, ya fueron definidas en el proceso de familia y nuevamente las plantea ahora el actor en esta acción de tutela, aunado al hecho de que fueron también los argumentos expuestos en la anterior acción de tutela que presentó el demandante ante el mismo juez de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Familia, y contra la misma Juez Novena de Familia, por haber decretado las visitas provisionales por parte de los abuelos maternos, sin que se hubieran practicado todas las pruebas encaminadas a determinar si eran o no perjudiciales para el menor. El Tribunal, en aquella ocasión, concedió la tutela como mecanismo transitorio y protegió los derechos fundamentales del niño, pues, consideró que sin que se hubiere acabado de recaudar el material probatorio, la juez se había apresurado a decretar las visitas provisionales. En consecuencia, revocó la providencia que dispuso tales visitas y ordenó que en un término no mayor de 30 días se procediera a recaudar las pruebas necesarias y se tomara la decisión correspondiente.

Una vez recaudadas todas las pruebas en el proceso, incluida la de medicina legal, el 24 de julio de 2002 y obrando en el expediente el concepto favorable de la defensora de familia a la regulación de las visitas de los abuelos maternos, la Juez Noveno de Familia de Bogotá dictó la sentencia correspondiente en la forma como antes se dijo que quedaron dispuestas tales visitas. En la parte motiva se apoyó, además, en el artículo 44 de la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-182 de 1996, sobre la unidad familiar y el derecho del niño cuya madre ha fallecido, a disfrutar del afecto de sus familiares. La Juez pidió, además, que las partes cumplieran la recomendación de someterse a terapia de familia con profesionales entrenados y neutrales, con el ánimo de disminuir la tensión, y, en particular, recomendó a la señora Zoraida Suárez que reciba apoyo psicológico que le ayude a elaborar el duelo, para que, a su vez, pueda cumplir a cabalidad el papel de abuela.

2.4 De acuerdo con lo anterior, para la Sala de Revisión de la Corte, la decisión de la juez de familia constituyó una vía de hecho, porque en la providencia del 24 de julio de 2002, la Juez Novena de Familia reguló visitas a favor de familiares que no son los progenitores del menor y en contra de la voluntad del padre que lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la patria potestad, lo que viola disposiciones constitucionales y legales, como se pasa a explicar.

3. La regulación judicial de visitas a los menores por parte de familiares que no son sus progenitores y contra la voluntad del padre o la madre que lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la patria potestad, constituye una vía de hecho, pues viola normas constitucionales y legales.

3. En este punto se explicará porqué la decisión del juez de familia de regular visitas de familiares que no son los progenitores desconoció la naturaleza misma del proceso de regulación y les confirió legitimidad para reclamarlas a quienes la ley no les prevé tal derecho; no tuvo en cuenta la autorización del progenitor que ejerce la potestad parental y el cuidado personal del menor; y olvidó que las decisiones de los jueces de familia se producen para proteger el interés superior del menor y no de los adultos.

3.1 En cuanto al primer punto, el desconocimiento de la naturaleza de las visitas a los menores y la falta de legitimidad para reclamarlas, hay que señalar que la sentencia del juez de familia confundió dos situaciones jurídicamente distintas : una es la regulación de visitas a un menor por parte del progenitor que no obstante que no lo tiene bajo su cuidado personal, no por ello ha perdido el ejercicio de la potestad parental y el derecho de visitar a su hijo y, la otra, es regular visitas, con retiro del menor de su hogar, por parte de familiares cercanos, los abuelos por ejemplo, que no tienen la tenencia del niño ni, mucho menos, ejercen la potestad parental.

3.1.2 Sobre la naturaleza y el carácter de la regulación de visitas dispuestas por el juez de familia y la legitimidad para reclamarlas por parte del progenitor que no convive con el menor, es obvio que sólo se llega a una instancia judicial cuando no ha habido acuerdo entre los padres al respecto. En estos eventos se hace necesaria la intervención del Estado para que, atendiendo las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso concreto, decida, por mandato de la ley, lo concerniente a las visitas de los padres, aun por encima de la voluntad del otro padre.

Esto obedece a que el proceso que culmina con la decisión de regular visitas, el juez tendrá en consideración que en ellas prime la rigurosidad, la obligatoriedad, la regularidad y la cercanía entre una y otra visita o encuentro del menor con su padre o madre, con el fin de que en el hijo se arraigue la certeza de que no obstante no conviva sino con uno de sus progenitores, siempre puede contar con el otro, y que, a su vez, en los padres, aunque no

convivan con el menor, se conservan incólumes sus obligaciones como padres y que, en tal virtud, ejercen la potestad parental. De allí que, en la generalidad de las situaciones, el juez tratará de equilibrar que el niño comparta períodos de tiempo lo más iguales posibles con uno y otro progenitor.

Esta es la razón por la que el juez puede imponerle al padre o la madre que tiene bajo su cuidado personal al menor, que éste pueda ser sacado de su hogar en el que habitualmente convive con su progenitor, por unas horas, días o semanas, con el fin de que se cumpla el fin previsto en la ley en el proceso de regulación de visitas, que es, el afianzamiento de las relaciones filiales.

3.1.2 No ocurre lo mismo con una decisión judicial o administrativa, por ejemplo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, encaminada a propiciar el trato del menor con otros miembros cercanos a su familia pues, en estos casos, no corresponde al procedimiento impositivo de regulación de visitas, para el cual, se repite, sólo los progenitores están legitimados, sino a un procedimiento encaminado a lograr que el menor conozca y se relacione con su familia extensa, procedimiento que descarta no sólo la obligatoriedad y la regularidad, sino la posibilidad de sustraer al menor de su hogar, sin contar con la aquiescencia del progenitor que lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la potestad parental, pues se violarían convenios internacionales suscritos por Colombia y disposiciones constitucionales y legales.

3.4 En efecto, la Convención sobre derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada por Colombia en la Ley 12 de 1991, en el artículo 9º dispuso:

“Artículo 9º. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”. (se subraya)

Esta norma que hace parte del ordenamiento jurídico internacional y en razón de la materia,

prevalece en el orden interno, según dispone el artículo 93 de la Constitución, no puede ser desconocida ni inaplicada en el presente caso, pues, son precisamente los derechos fundamentales del menor los que están en juego y ellos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 44 de la Carta, privan sobre los derechos de los demás.

Además, señala esta disposición que la determinación de la separación puede ser necesaria cuando el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de los padres. En estos casos se está ante el procedimiento regulado sobre el cuidado y la tenencia de los menores.

3.5 Sobre el cuidado y tenencia de los menores existen disposiciones en el ordenamiento interno : el Código Civil, en los artículos 253 y siguientes, y el Código del Menor, que regulan lo referente a este cuidado, señalando que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, se podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes, prefiriéndose a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes, artículo 254 del Código Civil. Es de advertir que, en estos eventos, debe probarse judicialmente la inhabilidad física o moral del padre para cuidar de su hijo.

El artículo 254 del mismo Código establece que si por decisión judicial se sacare a los progenitores del cuidado personal a los hijos, por este hecho no perderán el derecho a visitarlos, con la frecuencia y libertad que el juez considere conveniente. Además establece la ley que el cuidado personal del menor implica la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente (art. 263 del Código Civil).

3.6 Sobre el proceso de regulación de visitas por el progenitor que no convive con el menor, se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que consiste “en el poder jurídico que les permite a los padres carentes de la tenencia de sus hijos, de establecer una relación personal con ellos en condiciones tales, que posibiliten el reconocimiento personal y filial. La reafirmación de este reconocimiento y de las relaciones afectivas entre padres e hijos lleva implícita la necesidad de demarcar las circunstancias de modo, tiempo y lugar para su ejercicio, de manera que se cumpla adecuadamente con su finalidad, que no es otra que mantener la unidad familiar consagrada por la Constitución Política como un derecho fundamental de los niños y como tal no tiene carácter individual, sino multilateral, puesto que involucra a los menores, a los padres y a la familia como institución básica de la

sociedad.” (Expediente 1161, 13 de abril de 1994, M.P., doctor Pedro Lafont Pianetta)

Significa lo anterior que para el legislador el titular para reclamar la regulación de las visitas a los menores es el progenitor que no convive con su hijo; que revisten tal importancia estas visitas que inclusive en el evento de que el juez decidiera sacar al padre o a la madre del cuidado personal de sus hijos, este padre no pierde el derecho a visitarlos; y, que si hubiere oposición, el juez podrá regular lo procedente, inclusive por encima de la voluntad del otro progenitor.

3.7 De otro lado, la ley también es clara en cuanto a determinar quiénes ejercen la potestad parental. Ha dicho que es una institución que reposa en forma exclusiva en cabeza de los progenitores. Explica el Código Civil que consiste en “el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad le impone.” (artículo 288 del Código Civil (modificado por la Ley 75 de 1968, art. 19). Es de precisar que esta institución hace referencia a la representación legal de los hijos, ya que la ley distingue entre las obligaciones de los padres en el cuidado personal de la crianza y educación de los hijos menores como función distinta de los poderes o facultades que configuran la potestad parental.

Conviene citar algunos apartes de lo dicho por la Corte Constitucional en la sentencia T-041 de 1996, que aludió, precisamente, a que no todos los familiares del niño tienen los mismos deberes frente a él, ni son titulares de los mismos derechos. Resaltó la providencia que son los padres los titulares de la potestad parental, y que cuando fallece uno de ellos, sólo el otro será el que ejercerá tal potestad. Además, dijo la Corte que potestad parental se ejerce con independencia de los sentimientos de amor o de desamor que pueda suscitarse por parte de los adultos en relación con el menor. Explicó esta providencia :

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:

- 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. (sentencia T-041 de 1996).

3.8 Las anteriores precisiones constitucionales, legales y jurisprudenciales conducen a concluir que los familiares cercanos del menor, por ejemplo los abuelos, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en relación con los hijos en lo concerniente a la regulación de visitas. Que los menores sólo pueden ser sustraídos del hogar en el que convive con sus progenitores o con alguno de ellos, con la autorización de quien lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la potestad parental. Que existen disposiciones legales que protegen el derecho a las visitas al menor pero sólo referidas al progenitor que no lo tiene bajo su cuidado personal, es decir, existe falta de legitimidad en los abuelos para reclamar la regulación de visitas a su nieto en un proceso así denominado; y, finalmente, sólo son titulares de la potestad parental los padres, que en caso de fallecer uno de ellos, el otro será el único titular.

De acuerdo con las razones expuestas, la sentencia demandada constituyó una vía de hecho al disponer la regulación de las visitas a favor de los abuelos maternos, que no tienen legitimación, con retiro del menor del hogar en el que convive con su padre, aunque sea por algunas horas o por pocos días, sin la autorización de quien es el titular de la potestad parental y tiene al niño bajo su cuidado personal.

La jurisprudencia constitucional consolidada, expresada en numerosas ocasiones por la Corte ha indicado que se presenta una vía de hecho y puede ser procedente la acción de tutela, cuando al menos se da una de las siguientes situaciones :

“Si este comportamiento – abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.” (sentencia T-231 de 1994).

3.9 Como en el presente caso se incurrió tanto en un defecto sustantivo como en uno procedimental, habrá, entonces, que ordenar que se deje sin efectos la sentencia de fecha 24 de julio de 2002, proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá.

Hay que señalar que las consideraciones y lo que se dispondrá en esta sentencia no desconoce los derechos de los niños a relacionarse con sus otros familiares, como son aquellos que la jurisprudencia y la doctrina denominan la familia extendida, ni constituye un cambio de jurisprudencia, en especial con la sentencia T-182 de 1996, providencia que fue una de las consideraciones en que se apoyó la decisión que ahora se ordenará dejar sin efectos, por las razones que se expondrán en el siguiente punto.

4. El derecho de los menores a tratarse con su familia extendida en condiciones acordes con el lugar que cada uno de los miembros ocupe en la misma y atendiendo el interés superior del menor.

4.1 La interpretación de índole constitucional del derecho fundamental de los menores de tener, conocer y relacionarse con otros miembros de su familia, además de sus progenitores, artículo 44 de la Constitución, obedece al hecho innegable del nexo que existe entre el desarrollo de la personalidad del niño y de su identidad con el afianzamiento de su certeza de que pertenece a un grupo familiar que lo quiere y apoya. Es decir, que no está solo.

En efecto, es propio de las personas el deseo de conocer sus orígenes, saber quiénes son sus ascendientes. Este conocimiento, desde la niñez, según los expertos, permite a las personas, y en particular a los menores, elaborar su propia historia, reconocer en sus propios rasgos los de sus padres, los de los padres de sus padres, hermanos, tíos, primos, etc. Por ello, privarlo de este conocimiento puede desembocar en problemas de identificación. Cuando el juez de tutela ha analizado estos temas, lo ha hecho bajo la consideración de salvaguardar la garantía del interés superior del menor; que el ambiente de unidad familiar contribuya a su formación integral y armónica, pues, de esta manera se hacen efectivos los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad; y, el derecho a la identidad personal. Principios que se encuentran en los artículos 14, 16 y 44 de la Constitución.

Resulta pertinente recordar algunas referencias jurisprudenciales sobre estos conceptos, en especial, a los derechos fundamentales al libre desarrollo a la personalidad y el de identidad relacionados con el derecho a tener una familia, a no ser separado de ella y a contar con las

visitas de los abuelos, que fueron asuntos examinados en la sentencia T-182 de 1996 de la Corte Constitucional. Dijo esta providencia :

“Es deber primordial de los padres garantizar al hijo su desarrollo armónico y el goce efectivo de sus derechos. Al respecto ha dicho la Corte: “Los progenitores tienen el deber ineludible de ofrecer a su prole un ambiente de unidad familiar que permita y favorezca el desarrollo integral y armónico de su personalidad” 1

Como lo establece el artículo 16, las únicas limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, son los derechos de los demás y el orden jurídico. Al respecto es importante tener en cuenta lo dicho por la Corte en sentencia de la Sala Segunda de Revisión: “Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento constitucional...”² Sin embargo cualquier limitación que impongan los padres al derecho del niño al desarrollo de su personalidad debe estar acorde y tener en cuenta la prevalencia de los derechos del niño. En otras palabras, las limitaciones en este aspecto sólo deben buscar garantizar de manera más efectiva el desarrollo integral del menor. Por su parte como a la sociedad y al Estado también les corresponde la protección de los derechos de los niños, las limitaciones que impongan deben siempre encaminarse a garantizarle al menor el goce pleno de sus derechos.

El derecho del menor al libre desarrollo de la personalidad se relaciona directamente con el derecho de este a la identidad. La protección de la familia, de la sociedad y del Estado al menor, debe estar dirigida a garantizarle el encuentro natural con su entorno, la interacción con él y con quienes hacen parte de él, para que el menor crezca dueño de sí mismo, en contacto con las posibilidades tanto afectivas como materiales y espirituales que lo rodean.

(...)

Un menor necesita para su crecimiento integral, estar rodeado de afecto, cuidado y amor, expresiones estas que le deben ser brindadas por su familia. Mantenerse cerca de sus hermanos, tener contacto con sus primos, realizar actividades recreativas con estos, recibir el afecto de sus abuelos y tíos; ayudan a que el niño se sienta y se encuentre en un ambiente familiar adecuado. Es importante aclarar que la convivencia y el acercamiento entre familiares, entre estos y el menor o entre menores, debe reflejar una verdadera aproximación que implique compenetración y entendimiento. No puede disfrazarse como

convivencia una reunión de personas en donde no se respire un ambiente de cordialidad y en donde no se le enseñe al menor a respetar y a aceptar al otro en toda su dimensión humana.

(...)

Tanto el padre de la menor, quien no quiere permitir el contacto a través de las visitas de su hija con los abuelos maternos de esta, como los cuatro abuelos quienes mantienen un enfrentamiento aparentemente sólo jurídico respecto a la custodia de la menor y en torno al acceso a esta; deben rescatar la importancia que para los menores merece el crecer en un ambiente adecuado. En donde ambiente adecuado implica un clima de convivencia, de tranquilidad y armonía en el cual el menor pueda desarrollarse integralmente, interactuando con su entorno y con quienes hacen parte de él." (sentencia T-182 de 1996)

4.2 Lo dicho en aquella oportunidad por la Corte se reitera en esta sentencia, pues, resulta innegable y se apoya precisamente en el interés superior del niño que, como regla general y salvo decisión judicial en contrario, a los menores les asiste el derecho a conocer, tratarse y compartir con los miembros de la familia, incluidos los abuelos, y, preferiblemente, sin que tuviera que acudir a una instancia judicial o administrativa para lograr estos acercamientos, sino que progenitores y familia cercana logran que el trato se dé por encima de las diferencias que como adultos tengan.

Si esto no ocurre, y sólo excepcionalmente, se puede acudir a la jurisdicción de familia para que, garantizado el interés superior del menor y respetando la voluntad de quienes ejercen la potestad parental y el cuidado personal, se facilite la comunicación del menor con su familia extensa.

Precisamente para estos eventos, la ley estableció, creó y organizó la jurisdicción de familia y le otorgó a los jueces de familia la competencia para conocer las controversias sobre custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, señalándole el trámite del proceso verbal sumario como el procedimiento para dirimir dichas controversias. Existen, entonces, varias acciones judiciales tendientes a determinar la custodia y cuidado personal, así como el régimen legal de visitas a que tienen derecho los padres, y correlativamente los menores hijos, cuyo ejercicio está dirigido a mantener el afecto, la unidad y la solidez de la

relaciones familiares, así como a permitir que los padres cumplan los derechos y las obligaciones que su calidad de padres les impone.

4.3 Para el caso de que se facilite el trato del menor con su familia cercana, distinta a los progenitores, la competencia de los jueces de familia no será el procedimiento de regulación de visitas previsto para los progenitores por las razones suficientemente explicadas en el punto anterior, sino uno acorde a la clase de familiares que reclaman tal trato, de acuerdo con las facultades generales establecidas al juez de familia en el literal j del artículo 5, literal d, del Decreto 2289 de 1989 (“De los demás asuntos de familia que por disposición legal deba resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de árbitro”).

4.5 En conclusión : en el presente caso, se revocará la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que denegó esta acción de tutela porque la providencia contra la que se dirigió no obedecía a una decisión caprichosa del juez de familia. Sin embargo, como se explicó ampliamente, esta decisión sí configuró una vía de hecho.

Por consiguiente, se ordenará dejar sin efecto la sentencia de fecha 24 de julio de 2002, proferida por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá. Se le ordenará que, de acuerdo con su competencia, conforme a las circunstancias particulares del caso, atendiendo el interés prevalente del niño (art. 44 de la Constitución), la ley sustancial, el procedimiento fijado por la ley y con el derecho y aquiescencia del padre del menor, que tiene el cuidado personal y es el titular de la patria potestad, podrá establecer, si así lo estima su prudente juicio, la forma en que se permita el trato del menor con los abuelos, con el fin de que se dé la integración del niño en un medio adecuado para su desarrollo y que, a su vez, estreche los vínculos con su familia extensa, en un ambiente equilibrado y armónico de afecto y confianza.

Es de señalar que una negativa de un progenitor expuesta ante una autoridad judicial de no aprobar el trato de su hijo con su familia extensa, como cualquier otra manifestación de voluntad, debe estar razonablemente amparada pues, en un Estado de derecho no existen derechos absolutos, ni menos, podría propiciarse el abuso de los propios derechos (art. 95, numeral 1, de la Constitución), ni desconocerse el interés superior del menor.

Con esta clase de precisiones se deja en claro que no está en duda el derecho del niño de

relacionarse y compartir con sus abuelos maternos y de éstos con su nieto, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte, pero en estos casos debe privilegiarse el interés del menor y no el de las otras personas cercanas a él, así se trate de sus progenitores, de sus abuelos u otros parientes.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE :

Primero : Revocar la sentencia de fecha veinticinco (25) de octubre de dos mil dos (2002), proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en la acción de tutela presentada por Edgar Alfonso Varela Guevara, en representación de su hijo Andrés Varela Alonso, contra el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá. En consecuencia, se concede la tutela pedida para proteger los derechos fundamentales del menor establecidos en los artículos 14, 16 y 44 de la Constitución, así, como el debido proceso, artículo 29 de la Carta.

Segundo : Para el cumplimiento de la acción concedida, se ordena al Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, que dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efectos la sentencia de fecha veinticuatro (24) de julio de dos mil dos (2002), que reguló las visitas de los abuelos maternos a su nieto.

Así mismo, este Juzgado, de acuerdo con su competencia, conforme a las circunstancias particulares del caso, atendiendo el interés prevalente del niño (art. 44 de la Constitución), la ley sustancial, el procedimiento fijado por la ley y con el derecho y aquiescencia del padre del menor, que tiene el cuidado personal y es el titular de la patria potestad, establezca, con prudente juicio, que se permita el trato del menor con los abuelos maternos, Guillermo Alonso Avila y Zoraida Suárez de Alonso, tal como se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte

Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 T-523 /93 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón

2 T-542/92 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero