

T-278-94

Sentencia No. T-278/94

PRESUNCION DE INDEFENSION/ACCION DE TUTELA CONTRA PADRES BIOLOGICOS

El mismo artículo establece la presunción de indefensión (que 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) cuando se trata de un menor de edad. Como se dá el requisito de la indefensión para la procedencia de la acción de tutela contra particulares, la Corte entra a examinar si en este caso es viable la solicitud de la tutela en los términos formulados por la menor accionante y por el Defensor del Pueblo.

DERECHO DE FAMILIA

La familia es la primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social. La familia es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituídas en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. Nadie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento del primer deber ante los hijos, deber que dicta antes el amor que la obligación.

FAMILIA-Deberes/DERECHO AL CUIDADO Y AL AMOR/DERECHOS DEL NIÑO-Unidad Familiar

La unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños. La estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos. a la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO

La Constitución de 1991 privilegia la condición del niño en todo momento y circunstancia en razón a su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, la sociedad y los poderes públicos y como interés supremo. Prevalece en las normas constitucionales en materia de los niños, la obligación de que el niño sea ubicado en el ámbito de una familia, como condición fundamental para su desarrollo y protección.

DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADO DE ELLA

La consagración constitucional del derecho de todo niño a tener una familia y a no ser separado de ella implica que su unidad constituye fundamento esencial para la conservación, estabilidad y supervivencia de la institución familiar como el ambiente más apropiado para el desarrollo de la personalidad humana, pero ante todo, para el normal crecimiento y formación del niño como persona.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA

Se acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio, por cuanto existe otro medio de defensa judicial, como lo es la iniciación de los trámites del proceso de adopción de la menor declarada en estado de abandono, para que le entreguen o confíen la custodia y cuidado de la niña, de manera que pueda gozar de las garantías que le permitan su desarrollo armónico e integral. La tutela que se concede sólo tendrá efectos y vigencia durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción judicial tendiente a definir la situación de abandono y peligro en que se encuentra la menor, y la custodia y protección de ésta.

DERECHO A LA FAMILIA/ADOPCION

Acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio, por cuanto existe otro medio de defensa judicial, como lo es la iniciación de los trámites del proceso de adopción de la menor declarada en estado de abandono, para que le entreguen o confíen la custodia y cuidado de la niña, de manera que pueda gozar de las garantías que le permitan su desarrollo armónico e integral.

Respecto a la medida de protección que ordenará esta Corporación, debe agregarse que no se está desconociendo en ningún momento el derecho legítimo que tiene la madre biológica

para reclamar o solicitar el cuidado y protección de su hija. Pero ello no quiere significar que se trate de un derecho absoluto en cabeza de la madre que no ejerce o tiene en el momento la patria potestad, ni la custodia de sus hijos. Es necesario afirmar de una parte, que en todo caso, no obstante el derecho de la madre sobre sus hijos, prevalece el derecho de los niños; y de otro lado, la madre no ha demostrado que sus condiciones iniciales, cuando entregó la niña al cuidado de la familia, se hayan modificado en beneficio de la menor.

REF.: Expediente No. T - 31.510

Peticionario: Diana Patricia Gutiérrez Utiña contra Blanca Lilia Utiña Rivera y Oscar Gutiérrez Lizarazo.

Procedencia: H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

TEMAS: * “Aunque es la mujer la primera que se da cuenta de que es madre, el hombre con el cual se ha unido toma a su vez conciencia, mediante el testimonio de ella, de haberse convertido en padre. Ambos son responsables de la potencial y después efectiva paternidad y maternidad. El hombre debe reconocer y aceptar el resultado de una decisión que también ha sido suya. La unión conyugal conlleva en cualquier caso, la responsabilidad del hombre y de la mujer, responsabilidad potencial que llega a ser efectiva cuando las circunstancias lo imponen. Es necesario, entonces, que ambos, hombre y mujer asuman juntos, ante sí mismos y ante los demás, la responsabilidad de la nueva vida suscitada por ellos”.

* “Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir junto con la sociedad y el Estado, deberes como los de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, consagrados en el inciso 1o. del artículo 44 de la CP., como los de tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, y la protección contra toda forma de abandono y violencia”.

“Es necesario que los padres y madres de familia, en cuyas manos está todavía el poder de control y de orientación de las próximas generaciones, recuperen el verdadero sentido de la familia y eduquen a sus hijos con fundamento en los valores y principios esenciales del amor, del respeto y de una moral ética”.

MAGISTRADO PONENTE:

HERNANDO HERRERA VERGARA

Santafé de Bogotá, D.C., Junio 15 de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

Procede la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados HERNANDO HERRERA VERGARA, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO y FABIO MORON DIAZ, a revisar los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, el día 29 de noviembre de 1993 y por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, el día 27 de enero de 1994, en el proceso de tutela de la referencia.

El negocio llegó al conocimiento de esta Sala de Revisión, en virtud de la remisión efectuada por la H. Corte Suprema de Justicia, según lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Conforme a los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Tercera de Selección de la Corte, escogió para efectos de revisión, la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

Informa la accionante, que “la niña Diana Patricia Gutiérrez Utima se hizo presente en la Defensoría del Pueblo con un memorial petitorio y que en forma verbal expuso los siguientes,

H E C H O S:

* “La menor tiene en el momento diez (10) años de edad. Hace cinco (5) años su madre biológica, señora BLANCA LILIA UTIMA RIVERA la entregó al cuidado de quienes ella considera sus verdaderos padres, los esposos LUIS ANTONIO VARGAS MATEUS y BLANCA DIGNORA BEDOYA TRUJILLO, argumentando no encontrarse registrada la menor ya que su padre biológico había fallecido. Expresa la menor que su madre biológica argumentó igualmente a los esposos VARGAS BEDOYA, que si la niña se acostumbraba a ellos se la entregarían para ser adoptada. Han transcurrido cinco (5) años, desde que la menor DIANA PATRICIA a quienes los esposos VARGAS BEDOYA la presentan socialmente con el nombre de CHARY ESTEFANY

VARGAS BEDOYA y a quien así conocen igualmente en los centros educativos donde ha cursado sus estudios, se encuentra al cuidado del mencionado matrimonio sólo con una interposición (sic) de doce (12) días debido a que de un momento a otro su madre BLANCA LILIA UTIMA RIVERA reclamó a su hija DIANA PATRICIA y es así como la Defensoría de Familia del Centro Zonal No. 11 Engativá - Alamos Norte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - Regional Bogotá, hizo entrega de la menor a la mencionada señora, pero que ésta misma volvió a entregarla a los esposos VARGAS BEDOYA a los pocos días, dado que la niña fue entregada a su madre biológica el día tres (3) de septiembre de 1992 y ésta devolvió a la menor a los esposos ya conocidos el día catorce (14) del mismo mes y año”.

* “La menor DIANA PATRICIA quien no responde a este nombre sino al ya referido, manifiesta sentirse feliz con los esposos VARGAS BEDOYA quienes le han prodigado toda clase de cuidados y le han inculcado valores para comportarse como persona de bien. El motivo de acudir a esta Entidad se debe a que en días anteriores se hizo presente a la casa donde habita la menor, un señor quien dijo llamarse OSCAR GUTIERREZ LIZARAZO y que la amenazó diciéndole que en diciembre se la llevaría porque él era su ‘taita’, hecho éste que la tiene llena de temor porque no la une a dicho señor lazo afectivo alguno. Hace énfasis la menor en ser escuchada, dice que debe ser tenida en cuenta como ser humano que es, al igual que deben respetársele sus sentimientos. Su mundo afectivo, su felicidad, su futuro sólo se hace comprensible alrededor de los esposos VARGAS BEDOYA, matrimonio éste que la ve como a su verdadera hija y quienes no tienen hijo alguno fruto de dicha unión”.

* “Los esposos VARGAS BEDOYA presentan ante la Defensoría del Pueblo, un memorial en un todo acorde con las peticiones de la menor. Argumentan que la convivencia de la niña con la madre biológica afectaría en todo sentido a la primera, dada la inestabilidad de todo orden en que se encuentra la segunda, y qué decir de la relación forzada con quien dice ser su padre. Afirman que el verdadero padre de la menor ya es fallecido y anexan fotocopias de fotografías de la persona quien dicen fue el señor ALONSO FRANCO CHICA, padre de la menor.”

P R E T E N S I O N E S :

La accionante, con fundamento en los hechos expuestos, solicita:

a) “Que mientras se tramita el procedimiento de declaratoria de abandono de la menor

DIANA PATRICIA GUTIERREZ UTIMA por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que permita a los esposos VARGAS BEDOYA la iniciación de los trámites de adopción de la menor declarada en situación de abandono, se les entregue a ellos en custodia a la niña por cuanto sólo bajo su cuidado podrá tener todas las garantías para su desarrollo armónico e integral”.

b) “Que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tramitar los procedimientos ya aludidos, que se encuentran establecidos en los artículos 31, 36 y ss., y en el 57 del Decreto 2737 de noviembre 27 de 1989, conocido como el Código del Menor”.

II. LAS DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN.

A. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

1.- De las Pruebas ordenadas por el Tribunal Superior.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, previamente a la decisión acerca del asunto sometido a su conocimiento, citó a rendir declaración a la menor Diana Patricia Gutierrez, a los accionados Oscar Gutierrez Lizarazo y Blanca Lilia Utima Rivera, al igual que a los esposos Vargas Bedoya, quienes en la actualidad ejercen el cuidado y protección de la niña.

Brevemente, se efectuará una síntesis de estas declaraciones que son de especial importancia para el fallo de instancia:

a) Declaración de la niña Diana Patricia Gutierrez.

Comienza la menor indicando que vivió los primeros cinco años de su vida con sus padres Blanca Lilia Utima y Alonso Franco Chica y posteriormente, desde 1989 vive con los esposos VARGAS BEDOYA, a quien su mamá la entregó, manifestándoles que si se amañaba la podían registrar, teniendo en cuenta que no tenía papeles o registro. Indica que su madre la visita cada año, pero que no siente cariño ni amor por ella, porque cuando va a visitarla nunca le lleva nada, ni siquiera cuando su cumpleaños.

Señaló que en el año de 1992, su mamá recuperó la patria potestad, en virtud de una decisión de la Defensora de Familia, Centro Zonal No. 11 Engativá y se la llevó a la vereda El

Charquito donde la tuvo viviendo con su padrastro y hermanos. Allí tuvo momentos de dificultad, como cuando su padrastro le dijo que estaba enamorado de su hermana mayor, pero que en las noches se soñaba con ella. No obstante y por fortuna, a las dos semanas la llevaron nuevamente a donde sus “padres adoptivos”, donde vive actualmente.

Por último, respecto al trato que recibe del matrimonio VARGAS BEDOYA, indicó que “es excelente porque ellos me comprenden mucho, me dan amor, afecto, educación, comida, techo, etc.”.

b) Declaración de Blanca Dignora Bedoya.

Expresó que la madre de Diana Patricia, Blanca Lilia Utima se la entregó en el año de 1989, porque no estaba en condiciones económicas ni morales para tener a la menor y que el cambio de nombre de pila de la niña se hizo por petición de la misma. En cuanto a los malos tratos por parte de la madre biológica hacia la menor, contestó que ella es muy indiferente con la niña, y agregó que la mamá le manifestó que la registraran, lo cual no hicieron porque sabían que ello era contrario a derecho.

De otra parte, manifestó que desde hace 11 años y 8 meses se casó con Luis Antonio Vargas, con quien actualmente vive. Señaló además, que tienen problemas de procreación, de infecundidad y de esterilidad, pero que todo su cariño lo han depositado en la niña a quien aman con toda el alma y le han brindado el cuidado, la comprensión, el cariño y la protección necesarias.

c) Declaración de Luis Antonio Vargas Mateus.

Declaró el señor Vargas Mateus, quien en compañía de su esposa, Blanca Dignora Bedoya, tienen a su cargo el cuidado de la menor Diana Patricia, que la señora Blanca Lilia Utima les dejó desde el año de 1989 a la niña, permitiéndoles registrarla y cambiarle el nombre.

Indicó adicionalmente, que cuando fueron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Alamos, le dieron la patria potestad a la señora Blanca Lilia Utima; no los dejaron opinar a ellos ni a la niña, ni a dos testigos. Luego se la llevaron para la vereda El Charquito del Municipio de Soacha que era donde vivía la madre, donde duró cerca de dos semanas cuando

regresó a donde ellos.

d) Declaración de Blanca Lilia Utima Rivera.

Finalmente, se recibió en declaración a la señora Blanca Lilia Utima, madre biológica de Diana Patricia, quien manifestó tener 37 años de edad, ser soltera y no hacer vida marital.

Expresó al respecto: “Tengo seis hijos, ALEXANDER UTIMA, tiene 20 años, vive conmigo, trabaja, no se el nombre del padre de éste; él fue producto de una violación; el otro se llama EDWIN GUTIERREZ, tiene 18 años de edad, vive en Bucaramanga con el papá, que se llama Oscar Gutierrez; la otra PAULA ANDREA UTIMA tiene 12 años, vive conmigo, el papá de ella se llama Moisés Saraga; DIANA PATRICIA GUTIERREZ ella está viviendo con unos amigos míos, yo la dejé allá hace algunos años, tiene 10 años cumplidos; esos amigos míos se llaman LUIS ANTONIO VARGAS y BLANCA DIGNORA BEDOYA; la niña está viviendo con estos amigos míos porque yo estaba pasando por una situación muy difícil; este matrimonio no tiene hijos, entonces la señora estaba pasando por una crisis psicológica y debido a que estaba como traumatizada, entonces una hermana mía que es amiga de ellos, ESNELIA, nos presentó y más que todo por la amistad con DIGNORA, dejé la niña... Pero además, tengo otros dos hijos: FABIAN ANDRES y CARLOS DAVID, quienes viven conmigo”.

Aseveró la declarante, que nunca ha dejado abandonada a su hija y que si la llevó a donde la familia VARGAS BEDOYA, fue porque eran buena gente y podían responder por ella, pero que siempre la ha visitado de manera continua.

Respecto del hecho de haber abandonado a la niña al matrimonio VARGAS BEDOYA, señaló que “Nunca la he abandonado; precisamente si la dejé allá con ellos, es porque tenía buenas referencias. La he visitado continuamente y hubo un momento en que se me desaparecieron y yo los busqué”.

Adicionalmente, indicó que no quiere que la niña sufra; “ellos le inculcan la idea que yo no soy la persona que debe criar a ella, que soy inmoral, no tienen en cuenta que en vez de hacerle un bien a ella le están haciendo un mal, hablan de mi mal, cuando yo voy allá tratan de deslumbrarme con cosas materiales, me humillan económicamente, la verdad tienen a la niña ilusionada; yo quizá no tengo los recursos económicos que ellos tienen, quiero que mi niña vuelva a mí, pero que ella lo haga por su propia voluntad, pero que sea la niña quien

tome esa decisión. Yo no puedo prometerle cosas económicas, pero sí le puedo prometer una vida de hogar, le puedo dar el estudio, formación moral, comprensión, amor, vestido, alimentación suficiente...”.

Por último, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar remitió al Tribunal copia de la entrega de la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ a su madre BLANCA LILIA UTIMA RIVERA, efectuada el 3 de septiembre de 1992 por orden de la Defensora de Familia de Alamos, sin que se haya constatado ningún proceso de declaratoria de abandono y mucho menos, de adopción de la menor.

2.- Del Fallo del Tribunal Superior de Bogotá.

Recibidas las declaraciones anteriores, el Tribunal Superior resolvió mediante sentencia fechada 29 de noviembre de 1993, declarar improcedente la acción de tutela, con base en los siguientes argumentos:

◆ “La acción de tutela no es procedente, toda vez que existe otro medio de defensa judicial. De acuerdo con el Código del Menor, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, previo trámite legal y previa comprobación de la causal prevista por la ley, podrá declarar el estado de abandono o peligro de la menor. Una vez solicita tal declaración o de manera oficiosa e INMEDIATA, el Defensor de Familia abrirá la respectiva investigación y por medio de auto ordenará la práctica de las pruebas necesarias y podrá tomar cualquiera de las medidas previstas en el artículo 57, numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del Código, esto es, la prevención o amonestación de los padres o las personas de quienes dependa la menor, la atribución de custodia y cuidado personal del pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerla, la colocación familiar, la atención integral en un centro de protección especial o cualesquiera otras medidas cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o formación moral.

De lo anterior se infiere que existe otro medio judicial tan inmediato como la acción de tutela. Los esposos VARGAS BEDOYA han debido acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

◆ “No es procedente la tutela como mecanismo transitorio porque de acuerdo con las

pruebas allegadas no se puede asegurar que al concedérsele la custodia provisional a los esposos VARGAS BEDOYA se protejan los derechos fundamentales constitucionales de DIANA PATRICIA, ora porque con sus verdaderos padres corra peligro en su integridad física o moral, ora porque los esposos VARGAS BEDOYA sean la mejor opción para la menor.”

◆ “El hecho de que el matrimonio VARGAS BEDOYA pueda brindarle mejores condiciones a la menor, no les da derecho a afectarle su desarrollo emocional al otorgarse la facultad de cambiarle no sólo el nombre sino el apellido, hecho que debe reprochar la Sala y además por un aparente acuerdo realizado desde el momento en que se les entregó la menor para que le hicieran los papeles, acuerdo que merece mayor censura, toda vez que la filiación es un vínculo jurídico que une a su hija con la madre y con su padre, y no es susceptible de ser modificado por la voluntad contractual”.

◆ Según el Tribunal, “quienes se enfrentan en este asunto, al parecer sólo buscarían satisfacer sus intereses, probablemente no tan nobles, esto es, por una parte la madre de la niña aprovecha la imposibilidad de los VARGAS BEDOYA para concebir hijos, logrando la crianza y asistencia económica a su hija; y por el otro aspecto, los VARGAS BEDOYA, en su anhelo de tener una niña en su hogar, se han valido de actitudes que merecen en principio reproche, para lograr mantener bajo su techo a DIANA PATRICIA, ofreciéndole idónea asistencia material, hablándole a la niña en relación con su progenitora, en términos bastante inadecuados, sin que se haya demostrado, al menos sumariamente, que en verdad la niña corra peligro físico o moral por el hecho de regresar a vivir con sus verdaderos padres”.

B. LA IMPUGNACION.

.1. De la Menor Diana Patricia Gutierrez Utima.

La menor impugnó la sentencia de primera instancia y para tal efecto indicó que “deseo seguir (sic) toda la vida con mis padres LUIS ANTONIO VARGAS y BLANCA DIGNORA BEDOYA, porque sin ellos no puedo vivir, yo los amo mucho a ellos y ellos a mi”.

Agrega que su única decisión es quedarse con el matrimonio VARGAS BEDOYA, y que no está de acuerdo con que se le obligue a retornar al lado de sus padres biológicos. Ello no porque le brinden apoyo económico ni le den regalos, sino porque han hecho todo de buena fé sin

causarle daños emocionales ni ocultarle su verdadero origen, pues siempre le han dicho que su madre biológica es BLANCA LILIA UTIMA. Agrega que en varias oportunidades acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con sus padres LUIS ANTONIO y BLANCA DIGNORA, sin que la doctora ISABEL LAVERDE DE GALVIS hubiese solucionado nada.

Finalmente, manifiesta que su único deseo es continuar en el hogar de los VARGAS BEDOYA, pues si se le separa de su lado, no desea seguir viviendo y no responde por lo que pueda hacer, a más que expresamente dice que “me gusta que me llamen CHARY ESTEFANY VARGAS BEDOYA y amo este nombre”.

.2. De la Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo.

Manifiesta en su escrito la funcionaria impugnante, que la Defensoría del Pueblo no pretendió “sustituir los procedimientos administrativos y judiciales previstos en el Decreto 2737 de 1989, por el mecanismo preferente y sumario de la tutela”, sino brindar oportuna protección a la menor ante el inminente peligro de ser sustraída de su entorno familiar y afectivo; por tanto, se invocó el amparo transitorio “preservando con ello la autonomía de la autoridad a quien por jurisdicción y competencia corresponda tomar una decisión definitiva”.

Señala que el mecanismo ordinario al que el fallo remite “no comporta la misma eficacia e inmediatez que la acción humanitaria propuesta” y que ninguna de las medidas provisionales a las que se refiere el fallador de primera instancia “garantiza que la menor pueda ser dejada en custodia a personas distintas a sus parientes o alguna institución”. Prueba de esta afirmación es la entrega de la niña que la Defensora de Menores realizó en 1992 a la madre biológica, “sin la mínima preocupación por las condiciones materiales y morales que ella pudiera brindarle, ni evaluar en absoluto la mejor opción para la niña”. Indica, que “la tutela transitoria no exige que al momento de su invocación estén en curso los otros mecanismos de defensa subsistentes.”

Expresa que “existe otra prueba suficiente sobre la angustia, la zozobra y la incertidumbre a

que se está sometiendo a la menor en razón a la constante amenaza de BLANCA LILIA UTIMA RIVERA y ahora también de OSCAR GUTIERREZ LIZARAZO de desarraigar a la niña del entorno afectuoso y estable que viene disfrutando desde hace cinco (5) años”, lo cual ya ocurrió una vez y en esa oportunidad según palabras de la niña, el padrastro “le dijo a la señora BLANCA LILIA que él estaba enamorado de la hija de ella o sea la mayor y a mi me dijo que se había soñado conmigo”, de donde se infiere el inminente peligro en que se encontraría la menor, si no se le tutelan los derechos de manera provisional.

C. FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA.

La Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 27 de enero de 1994, confirmó la decisión impugnada, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación:

* “El Tribunal acertó al negar la tutela, porque si en verdad lo que busca el matrimonio VARGAS BEDOYA es el bienestar de la menor y no su propio beneficio, no se entiende por qué a pesar de tantos años de tenerla con ellos no han acudido al Instituto de Bienestar Familiar, prefiriendo más bien prolongar una situación de hecho que es la que puede estar causándole a la pequeña angustias y perplejidades, pero de la cual se aprovechan los citados esposos para reclamar, mediante esta acción de tutela y en detrimento de los derechos de sus verdaderos padres, la custodia de la menor”.

* “Para proteger los derechos de la menor existen otras acciones judiciales por cierto muy rápidas y eficientes. Los esposos VARGAS BEDOYA nunca informaron de la situación de abandono en que en su sentir se hallaba la niña. Pone de presente la Corte que no es cierto la afirmación de la impugnante en el sentido de que el mecanismo judicial previsto en el Código del Menor no comporta la misma eficacia e inmediatez de la acción de tutela “porque las medidas de protección no están sujetas al término de veinte (20) días, que es sólo para la práctica de pruebas. Clara es la norma al señalar que en el mismo auto que abre la investigación, que se debe dictar de manera inmediata al conocimiento del hecho se pueden adoptar provisionalmente una o varias de las medidas de protección que contemplan los numerales 1, 2, 3, 4 y 6 del artículo 57. De lo anotado, la Corte deduce que “para la protección de DIANA PATRICIA, no es necesario acudir a la acción de tutela, así sea como

mecanismo transitorio, porque la acción ante el Defensor de Familia, como ya se dejó visto, resulta aún más eficaz y rápida que aquella.”

* “La Corte Suprema de Justicia puntualiza en su fallo que, “la tutela se ha presentado no porque se considere más expedita y eficaz la acción que puede formularse ante el Defensor de Familia, sino porque a través de ella se pretende el reconocimiento de una medida de protección que según la impugnante no está prevista en el Código del Menor: ninguno garantiza que la menor pueda ser dejada en custodia a personas distintas a sus parientes (la colocación familiar si lo permite; art. 73) que es lo que fundamentalmente se busca, que la custodia de DIANA PATRICIA sea confiada al matrimonio VARGAS BEDOYA”. La Corte encuentra otro motivo que califica como “más deleznable” y que consiste en que “no se confía en el Defensor de Familia porque la doctora Isabel Laverde de Galvis hizo respetar la patria potestad que tiene la madre de la menor, y por esto dispuso que se le entregue la custodia de su hija”.

* “Finalmente, no se puede desconocer que la opinión de la menor es muy importante y que ella ha manifestado su deseo de continuar viviendo con el matrimonio VARGAS BEDOYA (fl. 62), pero tampoco puede pasarse por alto la corta edad de DIANA PATRICIA que hace muy fácil que se influya en ella y se le sugestione, tal como lo manifiesta su progenitora”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. La Competencia.

De conformidad con lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del trámite de la acción de tutela de la referencia.

Segunda. Consideraciones Previas.

La menor Diana Patricia Gutierrez Utima, acude a la acción de tutela como mecanismo transitorio mientras se tramita el procedimiento de declaratoria de abandono por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para la protección de los derechos constitucionales que le asisten a tener una familia y a no ser separada de ella, al cuidado y al

amor, los cuales estima vulnerados y amenazados por Blanca Lilia Utima Rivera y Oscar Gutierrez (en su calidad de padres biológicos de la menor), al pretender separarla de la familia a la que actualmente pertenece.

Se pretende adicionalmente, que a través del fallo de tutela se conceda a los esposos Vargas Bedoya, quienes desde hace más de cinco años tienen a su cargo el cuidado y protección de la menor, y mientras se inician los trámites de adopción de la menor declarada en situación de abandono, la custodia de la niña, por cuanto “sólo bajo su cuidado podrá tener todas las garantías para su desarrollo armónico e integral”.

En relación a lo anterior, debe examinar la Sala de Revisión para efectos de la decisión que se habrá de adoptar, los siguientes temas:

- a) La procedencia de la acción de tutela contra particulares;
- b) El derecho constitucional fundamental de todo niño a tener una familia y a no ser separado de ella, y
- c) La acción de tutela como mecanismo transitorio para la protección y amparo de los derechos de la menor, amenazados por sus padres biológicos.

A) DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES.

En el presente asunto, la acción de tutela es presentada por la menor Diana Patricia Gutierrez contra sus padres biológicos, en procura de que se le proteja su derecho constitucional fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella.

El artículo 86 de la Constitución Nacional establece que la acción de tutela procederá para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Así mismo, señala la norma superior que la ley deberá establecer 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 se halle en estado de subordinación o indefensión”.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 ibídem, el legislador al expedir el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela, estableció en su artículo 42, las causales de procedencia de esta acción contra particulares, dentro de las cuales consagra en el numeral 9o., que:

“Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela 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”.

De acuerdo con la sentencia No. C-134 de 17 de marzo de 1994, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró en relación con la norma transcrita, la inexecutable de las expresiones “la vida o la integridad de”, por cuanto:

“no era atribución de la ley, so pretexto de dar cumplimiento a un mandato constitucional, determinar los derechos fundamentales que pueden ser invocados por el solicitante cuando el sujeto pasivo de la tutela es un particular, pues, conviene señalarlo, los derechos fundamentales son la base, el sustento de toda legislación, y no su efecto”.

Para los efectos del asunto sometido a revisión, el mismo artículo establece la presunción de indefensión (que 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) cuando se trata de un menor de edad.

En razón a lo anterior, como se dá el requisito de la indefensión para la procedencia de la acción de tutela contra particulares, la Corte entra a examinar si en este caso es viable la solicitud de la tutela en los términos formulados por la menor accionante y por el Defensor del Pueblo.

B) EL DERECHO FUNDAMENTAL DE TODO NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA.

1.- LA FAMILIA EN LA CONSTITUCION DE 1991.

La familia ha sido considerada siempre como la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre. En su núcleo esencial esta visión no ha cambiado ni siquiera en nuestros días. Sin embargo, actualmente se prefiere poner de relieve todo lo que en la familia representa la aportación personal del hombre y de la mujer.

En efecto, la familia es una comunidad de personas, para las cuales el propio modo de existir y vivir juntos es la comunión: “communio personarum” (la cual se refiere a la relación personal entre el “yo” y el “tu”). La familia, comunidad de personas, es por consiguiente la primera “sociedad”. Surge cuando se realiza la alianza del matrimonio (en cualquiera de sus formas) que abre a los esposos “a una perenne comunión de amor y de vida” y se completa plenamente y de manera específica al engendrar los hijos.

La familia que nace de esta unión basa su solidez interior en la alianza entre los esposos. La familia recibe su propia naturaleza comunitaria -aún sus características de “comunidad” - de aquella comunión fundamental de los esposos que se prolonga en los hijos. Mediante esa unión de dos personas, el hombre y la mujer dan origen a la familia. El nuevo ser humano, igual que sus padres, es llamado a la existencia como persona y a la vida “en la verdad y en el amor”. Es en el recién nacido, que se realiza el bien común de la familia.

El matrimonio en sus diversas manifestaciones, o propiamente la unión de un hombre y una mujer entraña una singular responsabilidad para el bien común: primero el de los esposos y después el de la familia. Este bien común está representado por el hombre, por el valor de la persona y por todo lo que representa la medida de su dignidad. El hombre lleva consigo esta dimensión en cada sistema social, económico y político. Sin embargo, en el ámbito del matrimonio y de la familia, esa responsabilidad se hace por muchas razones, más exigente aún¹. En toda cultura, es ante todo un deber de las personas que unidas entre sí, forman una determinada familia. La “paternidad y maternidad responsables” expresan un compromiso concreto para cumplir este deber, que en el mundo actual presenta nuevas características.

Aunque es la mujer la primera que se da cuenta de que es madre, el hombre con el cual se ha unido toma a su vez conciencia, mediante el testimonio de ella, de haberse convertido en padre. Ambos son responsables de la potencial y después efectiva paternidad y maternidad. El hombre debe reconocer y aceptar el resultado de una decisión que también ha sido suya.

La unión conyugal conlleva en cualquier caso, la responsabilidad del hombre y de la mujer, responsabilidad potencial que llega a ser efectiva cuando las circunstancias lo imponen. Es necesario, entonces, que ambos, hombre y mujer asuman juntos, ante sí mismos y ante los demás, la responsabilidad de la nueva vida suscitada por ellos.

La vida comienza en el ser humano como fragilidad sujeta a la voluntad y al amor de los padres. Sin el cuidado de la madre en la gestación, en el nacimiento y en los primeros años, la infancia dejaría de ser el primer escalón en la cadena de la vida, para quedar como testimonio de una posibilidad trunca. La madre nutre al niño, despierta la primera sensibilidad y le imprime al ser en estado de inocencia el sello de la primera educación, la menos deliberada y la más arraigada: la de los primeros hábitos e inhibiciones, y junto a ellas, la lengua como umbral que conduce a la relación social y a la razón.

La vida física, emocional, intelectual y moral del niño, y, por tanto del hombre, se fija en los primeros años en el entorno de la familia. Nada puede suplir en las siguientes fases de la vida lo que en esta etapa decisiva se omite. Bajo la guía de la institución familiar, en la niñez se educan la sensibilidad, el amor, la inteligencia y la razón, se forman el ser moral y el ser social. Las virtudes públicas se ejercitan y gestan antes en la familia que en la sociedad o en el Estado.

Así, la familia es la primera institución social, que concilia las exigencias de la naturaleza con los imperativos de la razón social. La familia es anterior a la sociedad y al Estado, entidades que están instituidas en primer lugar para servir al bienestar de la familia, del cual dependen las condiciones de la sociedad y del Estado. Nadie puede reemplazar a los padres en el cumplimiento del primer deber ante los hijos, deber que dicta antes el amor que la obligación. Pero a la sociedad y al Estado les competen deberes no menos sagrados, como son velar por la integridad de la familia, tutelar a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones y cooperar con la familia en la supervivencia y formación primera de la infancia.

En el ser humano, la dependencia familiar se prolonga más allá del momento en el cual el infante o el lactante se elevan a la condición de niño, condición marcada por la propia locomoción, el habla y una confusa certidumbre sobre la propia existencia.

Hasta la etapa de la culminación de la educación básica se prolongan la infancia y la niñez.

Más allá de ellas, la adolescencia y la juventud del menor de edad sellan la formación de una personalidad independiente, estos es, con una propia orientación hacia la vida en el trabajo, la educación, la ciudadanía y con una libertad para el inicio de una nueva familia. Estas nuevas fases de la vida para el individuo y la sociedad no son tan decisivas como la infancia y la niñez, etapas en las cuales se predetermina el destino del individuo y se retrata la cultura de la sociedad en su proyección hacia el futuro.

En relación con la institución de la familia, el artículo 42 del ordenamiento constitucional vigente, señala:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

(...)

La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos.

(...)”.

Expresamente el constituyente de 1991, consagró el derecho que le asiste a toda persona a tener una familia y la protección constitucional que ésta merece como núcleo esencial de la sociedad. Especial énfasis se dá a la necesidad de mantener la armonía y la unidad familiar, fundamento de la convivencia social y de la paz.

De gran importancia dentro del ordenamiento constitucional, es el principio según el cual como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir junto con la sociedad y el Estado, deberes como los de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, consagrados en el inciso 1o. del artículo 44 de la Constitución, como los de tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, y la protección contra toda forma de abandono y violencia.

De acuerdo a ello, la unidad familiar es y debe ser presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes de los niños.

El papel dignificante de la familia, permite la formación de las personas como ciudadanos útiles, concientes de sus deberes frente a la sociedad, como células vivas de un organismo pensante, complejo y poderoso, que se manifiesta a través de cada uno de sus miembros.

El poder dignificante de la familia es anterior a toda influencia que pueda ejercerse sobre la sociedad. Es de la familia misma de donde surgen los comportamientos que van a determinar la sociedad, puesto que estos comportamientos se dan en personas concretas y estas se reconocen, se identifican y se estructuran en una familia: su familia.

La familia como poder dignificante, tiene la capacidad de formar la conciencia de los individuos en los verdaderos alcances de los que constituye la inmensa fuerza de su naturaleza humana. Es pues, en el ámbito familiar en el que se reciben las bases de la realización y por ende la futura felicidad del ser humano.

El día en que las personas se decidan a ser lo que están llamadas a ser, de una manera conciente y decisiva, el ser humano logrará ser digno de su destino. Pero especialísimamente, ese cambio lo deben dar todos los padres y madres de familia, porque en sus manos está la formación de la personalidad de cada uno de sus hijos. De esa manera, los niños y jóvenes serán lo que sus progenitores decidan para ellos: ese es el poder de formación y de educación que tienen por derecho propio.

Es la educación recibida desde la cuna o del hogar, la que mueve la conciencia de las personas. Los valores que se aprendieron sobre la convivencia humana se manifestarán en forma positiva o negativa, según haya sido la educación. Allí radica la capacidad de identificación de la familia con la fisonomía histórica, en el pasado y en el futuro de un país.

El momento que vive nuestro país y nuestra sociedad, nos pone de presente una total y absoluta crisis de valores en la juventud, en el núcleo familiar, hoy en una grave situación de violencia, falta de unidad y de amor, que ha generado la proliferación de divorcios y conflictos entre los padres, de confusión en las orientaciones sobre las razones mismas de existir, hasta el punto de desatar un verdadero caos al interior de los hogares.

Es necesario que los padres y madres de familia, en cuyas manos está todavía el poder de control y de orientación de las próximas generaciones, recuperen el verdadero sentido de la familia y eduquen a sus hijos con fundamento en los valores y principios esenciales del amor, del respeto y de una moral ética. Mas que nunca, es hora de la familia ante el fracaso de un materialismo despersonalizante y de unos poderes tecnificados que atentan sin descanso contra la estabilidad de los hogares.

Una manera de combatir la desintegración, la desunión y la desesperanza en el ambiente social es volver los ojos hacia la propia familia, reforzarla, enseñarle los alcances de su poder personalizante al igual que su capacidad de inculcar en sus hijos los valores y principios morales fundamentales, necesarios para una sociedad carente de ellos.

2.- LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LA

CONSTITUCION DE 1991.

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 de 1991, trata sobre el reconocimiento de la vulnerabilidad de los niños y sobre sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como elementos integrantes de un conjunto, los cuales constituyen el mínimo necesario para la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Ellos son, el derecho a la vida, a la identidad, a una relación armónica con los padres, a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación en cuanto sean posibles, a la participación en la toma de decisiones sobre asuntos que lo afecten, a protecciones frente a abusos, circunstancias de desamparo o de conflicto, a un trato especial cuando la condición especial del niño lo requiera, a la vivienda y al abrigo, a la nutrición y a la salud, a la educación, a la recreación y a la cultura dirigidas al desarrollo de la personalidad, de las aptitudes y de la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades.

Dentro de los principios que establece la Convención, está que “un niño puede estar adecuadamente alimentado, pero si no se le educa, se le permite el acceso a la cultura, se le ampara de la explotación laboral y de cualquier forma de abuso, no puede decirse que esté protegido, pues se trata de derechos que conforman un todo integrado”. Así mismo, se reconoce que el niño tiene una serie de necesidades que evolucionan y cambian con la edad,

por lo que se trata de equilibrar los deberes de los padres, correlativamente con dichas necesidades.

Estos principios fueron recogidos en el artículo 44 de la Carta Política, en el que se otorga al niño una protección especialísima por parte del Constituyente de 1991, tanto así que la norma establece que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Dicha norma señala:

“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 separado de ella, el cuidado y el amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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” (negritas fuera de texto).

De otra parte, debe señalarse que el vínculo afectivo del recién nacido con la madre o persona que lo cuida es indispensable para la adaptación al mundo y vida futura como adulto. Un vínculo implica una relación cercana, amorosa y afectuosa. A través de esa relación inicial, el niño desarrolla su confianza, su seguridad y los sentimientos de autovaloración. La relación que el niño establece con la madre o persona quien lo cuida sirve como modelo para establecer relaciones futuras. Con ella, el niño aprende a querer y a relacionarse con los demás. La falta de una relación fuerte y afectuosa en la infancia puede poner en peligro los impulsos iniciales de curiosidad intelectual y propiciar la presencia de problemas sociales y afectivos posteriores.

Desde el nacimiento, entonces, se establece un intercambio de afecto del niño hacia la madre o persona quien lo cuida y de estas personas hacia el niño. El niño no sólo responde a las manifestaciones de la madre, sino que frecuentemente inicia la interacción. Un aspecto

importante es iniciar y mantener el vínculo afectivo, partiendo de la sensibilidad y respuesta oportuna a las señales del niño, a sus expresiones, sonrisas, llantos, etc.

Por ello, la estabilidad del ambiente físico y familiar es fundamental para el desarrollo intelectual y socio-emocional del niño; un ambiente estable y seguro, facilita la concentración y motivación del niño; un cuidado familiar, permanente y constante, le ayuda a desarrollar sentimientos de confianza hacia el mundo que lo rodea y hacia otros seres humanos.

El niño se siente seguro porque sabe que depende de su ambiente, porque confía en las respuestas coherentes y consistentes de la madre o la persona quien lo cuida, le permiten sentirse libre de explorar su medio ambiente al saber que tiene una base segura en el ambiente familiar. Por lo tanto, a un niño menor de edad no le conviene emocionalmente que le cambien o modifiquen constantemente el ambiente, ni las personas que lo cuidan. El niño requiere identificar con claridad los espacios, objetos y personas con quien interactúa para poder establecer relaciones claras y seguras.

Por su parte, el desarrollo de los niños comprende todas aquellas acciones destinadas a mejorar la calidad de vida en años que son decisivos para la formación del futuro ciudadano. Acciones programáticas en la protección de la familia, destinadas a la estabilidad indispensable para el desarrollo de los niños y al cubrimiento del riesgo del abandono del menor.

En este contexto, la tarea de preservar y enaltecer la vida de la infancia ha de aparecer a la conciencia colectiva como un imperativo de la mayor trascendencia. Corresponde a quienes son líderes de la comunidad y a las entidades comprometidas en la protección de los niños, asumir la defensa de la infancia como una prioridad pública y transformar el sentimiento de las familias favorable a la infancia, en un factor de generación de nuevas solidaridades y de cambio social.

C) EL DERECHO DE TODO NIÑO A TENER UNA FAMILIA

Y A NO SER SEPARADO DE ELLA.

Debe la Sala en el asunto que se examina, hacer referencia a la jurisprudencia que sobre el tema ha emanado de esta Corporación²:

“Consecuencia obligada de la importancia que el Constituyente de 1991 atribuyó a la familia, en su carácter de institución fundamental para el normal desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella expresamente incorporado hoy en la Carta (Art. 44).

Cuando se revisan los antecedentes de esta norma resulta claro que el Constituyente plasmó en ella su íntima creencia de que:

“La situación perfecta para un hogar es vivir bien, en familia. El ideal de quienes integran en cualquier forma su núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre entre sí y con sus hijos. El máximo desarrollo para un niño es el que puede lograr con sus padres y familia”³.

Sobre el mismo tema, y en una de las últimas sentencias proferidas por la Corte en relación con el derecho del niño a tener una familia y no ser separado de ella, se manifestó:

“Lo normal es que el niño nazca en el seno de una familia. Lo excepcional que sea expósito.

El calificativo de EXPOSITO se da al “recién nacido abandonado o expuesto en un paraje público” (Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, de Manuel Osorio).

El Código del Menor trata en el título II “Del menor abandonado o en peligro físico o moral”. Uno de los casos de abandono es, precisamente, el del menor expósito.

El primer capítulo de tal título se refiere a estas situaciones irregulares o típicas para cuya definición está el procedimiento señalado en el Capítulo II y las medidas de protección fijadas en el Capítulo III.

Esas medidas de protección son:

“Artículo 57. En la resolución por medio de la cual se declare a un menor abandonado o en peligro, se podrá ordenar una o varias de las siguientes medidas de protección:

1. La prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa.
2. La atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos.

3. La colocación familiar.
4. La atención integral en un Centro de Protección Especial.
5. La iniciación de los trámites de adopción del menor declarado en situación de abandono.
6. Cualesquiera otra cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral.

PAR. 1o. El Defensor de Familia podrá, al aplicar alguna de las medidas anteriores y sin perjuicio de las acciones judiciales pertinentes, fijar una cuota mensual con la cual los padres o las personas de quienes el menor dependa contribuirán al sostenimiento de éste mientras se encuentre bajo una medida de protección.

PAR. 2o. El Defensor de Familia podrá imponer al menor con cualquiera de las medidas de protección, el cumplimiento de algunas de las reglas de conducta de que trata el artículo 206 del presente Código”.

Como se vé una de tales medidas es la colocación familiar, también se llama “Hogar Sustitutivo”, hay quienes lo denominan “Hogar Amigo”.

La colocación familiar es provisional mientras se adelanta el proceso administrativo (art. 37 del Código del Menor) y luego, temporal (por seis meses prorrogables, art. 74 del citado Código). No es, pues, una situación definitiva.

El artículo 73 del Código del Menor dice:

“La colocación familiar consiste en la entrega de un menor que se encuentre en situación de abandono o de peligro, a una familia que se compromete a brindarle la protección necesaria, en sustitución de la de origen.

La medida de colocación familiar será decretada por el Defensor de Familia mediante resolución motivada o de acuerdo con las normas técnicas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Es decir que, los hogares amigos sustituyen momentáneamente a la que ha sido o debiera

ser la familia de origen.

La Corte, obligada a hacer prevalecer el derecho sustancial, no puede ignorar que la COLOCACION FAMILIAR queda incluida dentro de la protección que se le da a la FAMILIA. Protección temporal, mientras el menor es acogido por su familia de origen o por la familia adoptante, y esto se debe a que el niño es el destinatario del derecho consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política. El mismo Código del Menor, artículo 22, enseña que “la interpretación de las normas contenidas en el presente Código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor”.

Si la Defensoría de Menores no ha ejecutado la medida administrativa de protección del expósito colocándolo en el Hogar Amigo donde vivía en buenas condiciones, lo cual constituye, en verdad, un hogar de hecho, esta omisión no borra el derecho fundamental del niño a formarse la imagen de una familia que le otorga cuidado y hogar.

Y si no hay una razón válida, justa, sustentada en la ley, que permita sustraer al menor del Hogar que le brinda protección, la amenaza de la separación constituye una violación a los derechos fundamentales del niño.

El derecho del menor a tener una familia, no significa necesariamente que deba ser consanguínea y legítima. Es también el derecho a que provisionalmente el niño tenga su hogar amigo, su familia sustituta, por eso el Código del Menor emplea el término COLOCACION FAMILIAR.

(...)

El artículo 3o. del Código del Menor indica: “Todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, moral y social, estos derechos se reconocen desde la concepción”.

Cualquier hecho que vulnere ese desarrollo es una violación del art. 16 de la Constitución”⁴ (negrillas fuera de texto).

Es claro que a la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando

los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus hijos los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

Así, la Constitución de 1991 privilegia la condición del niño en todo momento y circunstancia en razón a su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, la sociedad y los poderes públicos y como interés supremo.

Prevalece en las normas constitucionales en materia de los niños, la obligación de que el niño sea ubicado en el ámbito de una familia, como condición fundamental para su desarrollo y protección.

Como se indicó en la sentencia mencionada emanada de esta Corporación, “esta relación es de tal importancia que el Constituyente la elevó a la naturaleza de derecho fundamental que rige por encima de la voluntad de sus progenitores, sobre todo en situaciones típicas de crisis de pareja. Vale decir, el ofrecerle al niño un ambiente familiar es hoy no solo 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”.

Por su parte, la consagración constitucional del derecho de todo niño a tener una familia y a no ser separado de ella implica que su unidad constituye fundamento esencial para la conservación, estabilidad y supervivencia de la institución familiar como el ambiente más apropiado para el desarrollo de la personalidad humana, pero ante todo, para el normal crecimiento y formación del niño como persona.

Dentro del contexto de la Constitución vigente, los padres biológicos o progenitores tienen el deber y la obligación de ofrecer a sus hijos un ambiente de unidad familiar que permita el desarrollo integral y armónico de su personalidad. No en vano puede hablarse de personas violentas, de temperamento agresivo, con instintos de carácter fuerte, como aquellas formadas o que han crecido en medio de un ambiente de desunión, pelea, donde no se da la existencia de un ambiente familiar propicio para el crecimiento del ser humano.

En consecuencia, procrear un hijo implica la obligación por parte de sus progenitores de brindarle un ambiente familiar, de unidad, amor y concordia adecuado para su formación y desarrollo, aún después de la crisis, ruptura o separación de la pareja. En esos momentos de

dificultad, de crisis, es cuando el niño requiere del mayor apoyo y amor de sus padres para evitar traumas en su desarrollo emocional.

C) DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA

COMO MECANISMO TRANSITORIO

Establece el artículo 86 de la Carta Política en concordancia con el Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Se pretende con ello que el juez de tutela no sustituya las competencias ordinarias en los diversos campos de la administración de justicia, ni invada esferas que le están reservadas, bien a la jurisdicción ordinaria o a la contencioso administrativa. Por eso se habla de una institución o mecanismo de protección de los derechos de carácter subsidiario: es decir, sólo procede a falta de otro medio de defensa judicial - cuando no se disponga de procedimiento judicial idóneo -, para el amparo del afectado en un caso particular, mediante una orden perentoria en cuya virtud cesen los actos violatorios, se ejecuten aquellos necesarios para la efectividad del derecho conculcado, o se impida que se continúen los actos que producen una amenaza. Excepcionalmente, cuando a pesar de existir otros medios de protección, se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable, es procedente la acción de tutela, pero su aplicación o efectividad serán transitorios o temporales, mientras el juez o autoridad competente adoptan la decisión de carácter definitivo.

El Código del Menor en su artículo 36 señala que corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (I.C.B.F.), a través del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor -que para el presente caso lo ha sido la Defensora de Familia Alamos, Bogotá-, la atribución y facultad de declarar, si lo estima pertinente, las situaciones de abandono o de peligro, según las circunstancias, para brindarle la protección necesaria. Estas decisiones tienen carácter temporal o transitorio, pues la definición del asunto corresponde al juez de familia -artículo 5o. del Decreto 2272 de 1989-.

En este sentido, el artículo 56 del Código del Menor, establece:

“El control jurisdiccional de las decisiones que tome el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se sujetará a las normas del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, los actos administrativos que resuelvan acerca de la aplicación de las medidas de protección preceptuadas en el artículo 57 y las demás que definan, en forma permanente o provisional, la situación de un menor, estarán sujetas al control jurisdiccional de los Jueces de Familia, conforme a lo establecido en el artículo 64 de este Código”.

Teniendo en cuenta la voluntad de la señora madre (biológica) de Diana Patricia de recuperar o reasumir la patria potestad y en general, el cuidado y protección de su hija, no puede el Estado a través de los Defensores de Familia, privarlo de este legítimo derecho mediante un procedimiento preferente y sumario, sin la adecuada evaluación de los hechos y la circunstancias particulares que amerite dicha decisión.

No obstante ese interés legítimo que le asiste a los padres biológicos, ello no implica que dicho derecho sea absoluto, ni que ello deba cumplirse en todo caso, pues es la misma Constitución Política, la que en consonancia con las normas contenidas en tratados internacionales, concretamente la Convención de los Derechos del Niño, establece, no sólo que el derecho de los niños prevalece sobre los demás, sino por cuanto el artículo 9o. de la Convención sobre Derechos del Niño dispone:

“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” (negrillas fuera de texto).

Estas disposiciones no pueden ser desconocidas en el asunto que se examina, ya que de lo que se trata es de lograr la prevalencia y la efectividad de los derechos fundamentales de la menor Diana Patricia Gutierrez, afectados por la situación de descuido y abandono de que ha sido objeto desde hace más de cinco (5) años, es decir cuando tenía la edad de cinco (años), además de situaciones que le han afectado psicológica y emocionalmente, y que la han llevado a interponer la presente demanda.

Como se ha dicho, los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, lo que significa que en todo caso, el Estado debe adoptar las medidas pertinentes para hacer efectiva dicha garantía.

CONCLUSION

Debe concluirse entonces, que para proteger a la institución familiar, la Carta Fundamental de 1991 ha elevado a canon constitucional su unidad como principio esencial. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.

Lo anterior, significa por su parte, que el Estado debe hacer realidad el mandato constitucional de que los niños tengan una familia, para lo cual deberá abstenerse de decretar medidas que agudicen el deterioro de las relaciones entre sus miembros.

En consecuencia, los jueces y demás funcionarios deben ofrecer toda su colaboración para que las familias puedan encontrar soluciones justas y equilibradas, razonables y pacíficas que marginen a los niños de sus conflictos y favorezca su desarrollo integral.

DEL CASO CONCRETO

Concluye la Sala con fundamento en los documentos y pruebas que obran en el expediente que:

a) Desde la edad de los cinco (5) años, la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ fue entregada por su madre al matrimonio VARGAS BEDOYA, quienes desde ese momento hasta la fecha, cuando la menor tiene diez (10) años de edad, le han proporcionado de manera permanente e ininterrumpida -salvo por el lapso de los quince (15) días en que estuvo en poder de su madre en virtud de una decisión proferida por la Defensora de Familia del Centro Zonal No. 11 Engativa-, la atención, protección y cuidados necesarios para su crianza, sostenimiento, educación y formación integral.

b) La menor se siente plenamente realizada como persona al lado de la familia VARGAS BEDOYA, quienes se constituyen para ella en su verdadera y única familia, por cuanto es allí donde se le brinda el afecto, amor y cuidado necesarios para su desarrollo.

c) El sentimiento de la niña hacia el matrimonio VARGAS BEDOYA es de gratitud, afecto y amor; como lo indicó expresamente en la demanda de tutela a través del Defensor del Pueblo, “su mundo afectivo, su felicidad y su futuro sólo se hace comprensible alrededor de los esposos VARGAS BEDOYA, quienes la ven como a su verdadera hija”.

Contrario sensu, señala no sentir ningún tipo de afecto ni de amor por su madre biológica, quien por lo demás es indiferente a su situación personal y a sus sentimientos.

d) Por ello, considera que es su legítimo derecho tener una familia y no ser separada de ella; familia que está representada en el matrimonio VARGAS BEDOYA y de la cual no desea ser separada, pues allí se le brinda el cuidado y el amor que requiere. Además, siente preocupación y temor de regresar al lado de su madre biológica, no sólo por cuanto afirma no quererla ni sentir cariño por ella, sino por las circunstancias en que ella vive y por el hecho de que su padrastro le ha manifestado “soñarse con ella”; en otras palabras, desearla sexualmente.

Por tanto, manifiesta la menor que no desea salir ni ser separada del hogar amigo de la familia VARGAS BEDOYA donde vive, bajo ninguna circunstancia.

Debe tenerse en cuenta el hecho de que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, la voluntad y los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, razón por la que debe hacerse efectivo el derecho de la menor a no ser separado del lado de la familia VARGAS BEDOYA, quienes se constituyen para ella en su única y verdadera familia.

Deben tenerse en cuenta para ello, elementos esenciales de índole moral y personal, a saber:

* De una parte, cómo pensar razonablemente que la menor pueda lograr su pleno desarrollo y su verdadera formación integral y moral, en el seno de una “familia”, o más bien, dentro de un conjunto de individuos cuyas actuaciones y antecedentes personales no permiten deducir idoneidad alguna para la crianza y educación de un niño.

Debe preguntarse la Corte, si una madre que ha tenido seis (6) hijos, nacidos de relaciones de hecho, de distintos padres, y que debe dedicar el día entero a trabajar para el sustento de sus hijos, puede brindarle a éstos los elementos, principios y valores fundamentales para

lograr su desarrollo y la formación integral y moral que requiere, y a la que aspiran el Estado y la sociedad? Qué podría esperarse de una niña “educada” o más bien criada en esta forma y rodeada por individuos inmorales, que como el padrastro de la menor, “desea a su hermana mayor y se sueña con ella”?

Sin lugar a dudas que en estas condiciones, no se logrará formar una persona de bien, sino por el contrario, llena de resentimiento, odio, temor, deseo de venganza y que casi con seguridad, seguirá el ejemplo de vida de su madre.

Por ello estima la Corte indispensable, no sólo amparar a la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ, dejándola transitoriamente al cuidado y protección del hogar del matrimonio VARGAS BEDOYA, que es además el deseo y la voluntad de la niña, mientras que por la jurisdicción de familia se toma una decisión de carácter definitivo respecto de la situación familiar de la menor, sino adicionalmente, tomar medidas en orden a proteger a los otros hermanos de la accionante, hijos de BLANCA LILIA UTIMA RIVERA; es decir, a Paula Andrea, Fabian Andrés y Carlos David, para lo cual se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adoptar las acciones pertinentes a que haya lugar para efectos de determinar, previa la investigación de rigor, si estos son susceptibles de protección. Esta medida se toma, teniendo en cuenta la situación irregular y de falta de cuidado en que se encuentran los menores, según lo expresado en precedencia.

Para ello, entonces, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar deberá efectuar un seguimiento de la familia biológica de DIANA PATRICIA GUTIERREZ, por la situación en que se encuentran sus hermanos.

Respecto a la medida de protección que ordenará esta Corporación, debe agregarse que no se está desconociendo en ningún momento el derecho legítimo que tiene la madre biológica para reclamar o solicitar el cuidado y protección de su hija. Pero ello no quiere significar que se trate de un derecho absoluto en cabeza de la madre que no ejerce o tiene en el momento la patria potestad, ni la custodia de sus hijos. Es necesario afirmar de una parte, que en todo caso, no obstante el derecho de la madre sobre sus hijos, prevalece el derecho de los niños; y de otro lado, la madre no ha demostrado que sus condiciones iniciales, cuando entregó la niña al cuidado de la familia VARGAS BEDOYA, se hayan modificado en beneficio de la menor. Además, no puede olvidarse que la madre, cuando en el año de 1992 recuperó la patria

potestad de su hija, en virtud de la decisión de la Defensora de Familia Centro Zonal No. 11 Engativá, y la llevó a un sitio lejano, ubicado en la vereda El Charquito, tuvo una nueva oportunidad de demostrarle a su hija su amor y la posibilidad de ofrecerle los elementos necesarios para su formación integral, pero no supo aprovecharla. No pasaron más de quince (15) días al lado de su hija, y tuvo que regresarla nuevamente al hogar VARGAS BEDOYA. Entonces, podría preguntarse, para qué reclama a su hija?

Es importante a juicio de la Sala, que la menor DIANA PATRICIA permanezca en el actual medio socio-familiar, junto al matrimonio VARGAS BEDOYA, pues a éstos identificó como sus padres y verdadera familia, no siendo por lo tanto conveniente la separación del lado de ellos, pues la desadaptación, en concepto de expertos en la materia, traería graves problemas de índole emocional, mental y psíquico, máxima cuando la niña presenta un rotundo rechazo hacia sus padres biológicos.

No se pudo comprobar, y en esto debe subrayarse lo manifestado por la menor, que exista una buena relación con su madre biológica, pues aquella no ha propiciado en ningún momento, ni se ha preocupado por buscar un acercamiento afectivo y amoroso con la niña. Aún más, ella señala en forma sentida, que cuando esporádicamente logra ver a su madre, ella no es cariñosa ni le “trae regalos”, ni menos lo hace en la fecha de su cumpleaños, la cual nunca recuerda.

Sobre el particular, debe resaltar la Sala que los niños requieren para su desarrollo, crecimiento y formación, del cuidado, del amor, del cariño y del apoyo de sus padres, o de lo contrario crecerá en un ambiente de soledad y desamor, que no le permitirán convertirse en una persona normal y de bien. Es inconcebible la vida de un ser humano, al que no se le brinda el más mínimo sentimiento o expresión de amor o cariño. El amor se constituye en el presupuesto fundamental y esencial de la vida humana: no sólo a la persona se le debe amar, sino que debe tener la oportunidad de expresar y manifestar su amor hacia quienes lo rodean. Pero, cómo pensar que alguien que no recibe amor, pueda brindarlo a otro: “quien nada recibe, nada puede dar; cómo puede una persona amar si no conoce lo que es el amor”?

Cómo decirle a DIANA PATRICIA que regrese al lado de su madre o que la quiera, o que desee verla, cuando es ella misma quien no le ha ofrecido ni brindado el amor, el cuidado y la

protección que para su formación y desarrollo requiere? Todo niño, y aún el adulto, necesita recibir manifestaciones y expresiones de amor y solidaridad para sentirse que es querida o que alguien se preocupa por él o por ella? En especial, el niño desde el momento mismo de su nacimiento, requiere de manifestaciones de amor y cariño: un regalo, un detalle o algo que le permita sentirse amada. Pero si sus padres, que son los primeros llamados a brindar al niño esas expresiones de afecto, no lo hacen, se irá formando en él una persona sin sentimientos, cuyo rechazo hacia sus padres y hacia la sociedad se hacen notorios. Pero ante estas circunstancias de soledad, cuando el niño, y aún el adulto encuentran que alguien les ofrece ese amor del que adolecen, las expresiones de cariño y apoyo, sin duda, les producirá un efecto de agradecimiento y amor hacia ellos. Y es el caso de DIANA PATRICIA, quien ha encontrado desde el mismo momento en que fue confiada al cuidado del matrimonio VARGAS BEDOYA, el amor, el cariño, el cuidado y la protección que sus padres debieron darle, y que nunca lo hicieron. Por ello no puede esperarse menos que el sentimiento de rechazo que tiene ahora por su madre biológica.

Y es que, ¿cómo amar a quien no se ama, o que no le dá motivos para hacerlo? Y es que DIANA PATRICIA fue “abandonada” a la suerte de los esposos VARGAS BEDOYA, desde los cinco (5) años, edad en la que la presencia, asistencia, protección y amor de los padres es fundamental para el desarrollo y la formación integral de la menor. Y fué precisamente en el hogar de los VARGAS BEDOYA, donde encontró el amor, el cuidado y el cariño que necesitaba. Por tanto, no sólo sería injusto sino además absurdo, que se ordenara a la menor regresar al lado de una persona, que se dice su madre, por el sólo hecho de haberla traído al mundo, pero que por lo demás es un ser desconocido y lejano para la niña. Y es que debe enfatizar la Corte, madre no es sólo quien dá a luz o trae al mundo un hijo, sino fundamentalmente, quien le inculca los principios y valores esenciales para su vida, y le ofrece el amor, el cuidado y la protección que requiere para lograr su desarrollo armónico y equilibrado.

La mujer, por su capacidad educadora y convergente, tiene la función natural de centralizar todos los valores familiares. Por ello, ayudar a la mujer a ser plenamente madre y educadora, sin menoscabo de su capacitación profesional y de su aporte laboral, es ayudar a que la sociedad disfrute de ciudadanos sanos y felices.

Por lo tanto, encontrándose como lo están para la Sala de Revisión amenazados los derechos

fundamentales de la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ, a tener una familia y a no ser separado de ella, al cuidado y amor y a la libre expresión de su opinión -cuya protección ampara el artículo 44 de la Carta Política-, se concederá la solicitud de tutela como mecanismo transitorio, pues en caso contrario, si se le priva a la niña de ese entorno afectivo que le ofrece el matrimonio VARGAS BEDOYA y se le obliga contra su voluntad a salir de él, se producirán graves consecuencias para su vida, su libre desarrollo a la personalidad y sus derechos fundamentales al amor y al cuidado que merece en su condición de niña.

Es importante destacar, según las pruebas que obran en el expediente, en relación con la actuación adelantada por la Defensora de Familia Centro Zonal No. 11 Engativá, que la voluntad de la menor y las declaraciones del matrimonio VARGAS BEDOYA, no fueron tenidos en cuenta por dicha funcionaria, pues centró su atención específicamente en las aspiraciones de la madre biológica de la niña, haciendo caso omiso a los derechos fundamentales en cabeza de la menor, sin observar el contenido y el mandato imperativo contenido en el artículo 44 de la Constitución, según el cual, frente a un conflicto de tal naturaleza, prevalecen los derechos de los niños sobre los derechos de los demás; y por cuanto de otra parte, desde la expedición del Código del Menor, las personas y entidades públicas y privadas que desarrollan programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, deben tomar en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor. Principio éste recogido en el artículo 44 de la Carta, al consagrar que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño”.

Pero además, la Defensora de Familia desconoció un derecho fundamental de especial importancia en este caso, y que está consagrado en el artículo 44 superior, cual es el de la libre expresión de la opinión del niño. En ningún momento, como se ha indicado, la citada funcionaria tuvo en cuenta la voluntad de la menor.

Por lo tanto, siendo como lo es, obligación y deber del Defensor de Familia del Centro Zonal No. 11 Engativá, respetar, aplicar y hacer efectivos estos principios constitucionales y legales, pues no podía desconocer como lo hizo, la voluntad ni el derecho del menor a permanecer en el seno de la familia VARGAS BEDOYA. Desconoció la Defensora de Familia que la niña no es sujeto pasivo de los padres biológicos, sino que tiene como tal, y en virtud a lo dispuesto por la Carta Política, autonomía y capacidad de razonamiento para aspirar a que se le respeten sus derechos fundamentales y a que se haga efectiva su prevalencia

sobre los demás, aún a costa del derecho que eventualmente le puede corresponder a sus progenitores.

Finalmente, diversas convenciones internacionales, suscritas por Colombia consagran principios de protección del niño, entre ellas la adoptada por la O.N.U. en 1989, "Convención de los Derechos del Niño", que estableció que el niño debe tener una infancia feliz y gozar en su propio bien y en el de la sociedad, de los derechos y libertades para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, advirtiéndose que al promulgar leyes con este fin por parte de los Estados que suscriben esta Convención, la consideración esencial a que se atenderá será el interés superior del niño.

En consonancia con este principio, el constituyente de 1991 en el artículo 44 de la Carta Fundamental, establece en su parte final que "los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".

Por lo anterior, y estando como lo está para la Sala probado que la niña DIANA PATRICIA GUTIERREZ se encuentra en una situación de amenaza a su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella, producida por la intención de sus padres biológicos (cada uno de manera independiente), de recuperar a su hija y llevarla a su lado, al igual que por la decisión de la Defensora de Familia, se debe acoger la tutela instaurada como mecanismo transitorio para evitar a la niña DIANA PATRICIA un perjuicio irremediable en sus derechos al libre desarrollo de la personalidad, de la vida, a tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor y la libre expresión de su opinión, al igual que a gozar de una formación moral integral.

Debe anotarse que la tutela que se concede sólo tendrá efectos y vigencia durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción judicial tendiente a definir la situación de abandono y peligro en que se encuentra la menor, y la custodia y protección de ésta.

En virtud a lo expuesto, esta decisión se convierte en instrumento fundamental y necesario para la protección de los derechos de la menor, los cuales no pueden quedar desprotegidos mientras se adopta por la jurisdicción de familia, una decisión con carácter definitivo en cuanto a su situación legal.

DE LAS MEDIDAS A ADOPTAR

Conforme a lo anterior, encuentra la Corte que se encuentra amenazado el derecho fundamental de la menor Diana Patricia Gutierrez, a tener una familia y a no ser separado de ella -CP. Artículo 44-, al libre desarrollo de su personalidad, al cuidado, al amor y a la libre expresión de su opinión.

En el presente caso, es claro para la Sala que la menor Diana Patricia Gutierrez ha sido afortunada al encontrar un hogar que le ha brindado el amor, el cuidado y la protección, indispensables para su desarrollo armónico e integral, y donde ha podido hacer efectivo ese derecho tan fundamental para todo ser humano, como lo es el tener una familia y unos padres, lo cual redundará favorable y benéficamente en la formación de su personalidad, en los términos del artículo 16 de la Carta Política.

No existe por lo anterior, motivo ni justificación alguna, dentro del marco del Estado social de derecho, ni dentro de los principios de solidaridad y convivencia social que inspiran nuestro ordenamiento constitucional, uno de los cuales es la protección y cuidado de los niños, para que la menor Diana Patricia Gutierrez deba regresar al lado de su madre biológica, cuando ella no puede brindarle el cuidado y la asistencia necesaria, ni menos aún, el amor y la protección de una familia, como la que en la actualidad y desde hace más de cinco años viene otorgándole la familia VARGAS BEDOYA, a la que la niña reconoce como su familia.

No puede olvidarse que el constituyente de 1991 le dió especial privilegio a la condición del niño en todo momento y circunstancia, hasta el punto de establecer en el artículo 44 de la Carta, que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, en razón a su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, de la sociedad y del Estado. Prevalece en las normas constitucionales un principio que no solo debe guiar la labor del Estado y de la sociedad, sino que además debe ser fundamento en la labor del juez en cuanto a que el niño debe ser ubicado en el ámbito de una familia, como presupuesto esencial para su desarrollo y protección.

Como lo ha expresado esta Corporación en otras oportunidades⁵, “el ofrecerle al niño un ambiente familiar es hoy no solo 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”.

Debe entonces proceder la Sala a tomar medidas para la protección de los derechos fundamentales de la niña Diana Patricia Gutierrez a tener una familia y a no ser separado de ella, amenazados por las actuaciones adoptadas por la Defensora de Familia, Regional Bogotá, Zona Alamos, al igual que por sus padres biológicos.

Para demostrar que la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ se encuentra incurso en una situación de abandono o peligro, debe hacerse referencia al numeral 2o. del artículo 31 del Código del Menor, según el cual:

“Artículo 31. Un menor se encuentra en situación de abandono o de peligro cuando:

(...)

2. Faltaren en forma absoluta o temporal las personas que, conforme a la ley, han de tener el cuidado personal de su crianza y educación; o existiendo, incumplieren las obligaciones o deberes correspondientes, o carecieren de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación del menor.

(...)”.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que la niña DIANA PATRICIA GUTIERREZ:

1. Ha padecido la falta temporal y casi que absoluta de sus padres, pues de sus diez (10) años de vida, cinco (5) los ha pasado al lado de la familia amiga VARGAS BEDOYA, quienes le han brindado el cuidado personal de su crianza y educación, obligación inicialmente a cargo de los padres biológicos, quienes la abandonaron a la suerte de lo que este hogar amigo pudiese hacer por la menor.

Dentro del contexto de la Carta Política de 1991, los padres biológicos tienen el deber de ofrecerle a sus hijos un ambiente de amor, fraternidad y unidad familiar que favorezca el formación y el desarrollo armónico y equilibrado de su personalidad. Ambiente familiar que debe persistir aún después de las crisis o ruptura de las relaciones de pareja.

2. Así mismo, agréguese que a pesar de que los padres biológicos de la menor existen, y ahora aparecen reclamando derechos, pero ante todo la patria potestad sobre la niña, estos han incumplido en forma notoria y manifiesta las obligaciones y deberes correspondientes,

tales como brindarle el derecho a tener una familia, al cuidado, al amor, a la protección, a la educación, etc.

Además de lo anterior, no podría pensarse cómo ordenarle a la niña DIANA PATRICIA regresar al lado de su madre biológica, cuando ni la quiere como su madre, ni ésta reúne las condiciones necesarias para brindarle a la menor los elementos necesarios para su desarrollo armónico e integral. No existe en ese núcleo familiar, compuesto por sus hermanos, madre y padrastro, una verdadera noción de familia, ni se dan los presupuestos esenciales de cualquier familia.

Por el contrario, el hogar del que hace parte la menor en la actualidad y desde hace más de cinco (5) años, le permite desarrollar libremente su personalidad, pues es allí donde se identifica y realiza plenamente, y puede lograr una verdadera estabilidad emocional y social. Es además el deseo, el propósito y la intención de la menor, permanecer en el hogar amigo de la familia VARGAS BEDOYA y no ser separada de ella: ese se constituye además, en el propósito y fundamento de la demanda de tutela.

Y si efectivamente se quiere garantizar el derecho fundamental de todo niño, consagrado por el artículo 44 de la Carta Política, a tener una familia y no ser separado de ella, con base en que los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, no podría desconocerse la voluntad de la niña a permanecer en el hogar de la familia VARGAS BEDOYA, hoy su familia.

Por lo tanto, se hace necesario brindarle la protección requerida por la menor, en aras de hacer efectivo su derecho fundamental a tener una familia.

Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 37 del Código del Menor, según el cual:

“El Defensor de Familia, de manera inmediata al conocimiento del hecho, abrirá la investigación por medio de auto en el que ordenará la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor. En el mismo auto podrá adoptar, de manera provisional, las medidas a que se refieren los numerales 1 [la prevención o amonestación a los padres o a las personas de quienes dependa], 2 [la atribución de su custodia o cuidado personal al pariente más cercano que se encuentre en condiciones de ejercerlos], 3 [la colocación familiar], 4 [la atención integral en un Centro de Protección Especial] y 6 [cualquiera otra cuya finalidad

sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o su formación moral] del artículo 57. Las diligencias y la práctica de pruebas decretadas en el auto de apertura de la investigación, deberán ejecutarse dentro de un plazo máximo de veinte (20) días.

En el auto de apertura de la investigación ordenará la citación de quienes, de acuerdo con la ley, deban asumir el cuidado personal de la crianza y educación del menor, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, si se conociere su identidad y residencia.

PAR.- Si como resultado de la investigación se estableciere que el menor ha sido sujeto pasivo de un delito, el Defensor de Familia formulará la denuncia penal respectiva ante el juez competente”.

Para tales efectos, se ordenará al Defensor de Familia, Centro Zonal No. 11, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de Alamos, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la ejecutoria de esta providencia, proceda a abrir la investigación en relación con la situación de la menor Diana Patricia Gutierrez, por medio de auto en el que deberá ordenar la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor.

En tal virtud, se ordena instituir a la familia VARGAS BEDOYA como Hogar Amigo de la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ UTIMA, mientras se efectúa el proceso de protección de la niña, en los términos previstos en el artículo 57, numeral 3o.

De esta manera, se protegen tanto el derecho de la menor a tener el hogar que desea y en el que se siente plenamente feliz y realizada como ser humano, donde recibe el cariño, el cuidado, la protección y la educación que requiere para el libre desarrollo de su personalidad, sino además el derecho a que se le respete el comportamiento solidario que con ella ha tenido la familia VARGAS BEDOYA desde hace ya más de cinco años.

IV. DECISION.

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

R E S U E L V E :

PRIMERO: REVOCAR por las razones expuestas, la decisión proferida por la H. Corte Suprema de Justicia el 27 de enero de 1994 en el proceso de tutela promovido por la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ UTIMA, y en su lugar CONCEDER la tutela instaurada para la protección de su derecho a tener una familia y a no ser separada de ella.

SEGUNDO: Instituir a la familia VARGAS BEDOYA como Hogar Amigo de la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ UTIMA, mientras se efectúa el proceso de protección de la niña, en los términos previstos en el artículo 57, numeral 3o., mientras se resuelve la situación legal de la menor.

TERCERO: Debe anotarse que la tutela que se concede sólo tendrá efectos y vigencia durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción judicial tendiente a definir la situación de abandono y peligro en que se encuentra la menor, y la custodia y protección de ésta.

CUARTO: ORDENAR al Defensor de Familia, Centro Zonal No. 11, Alamos, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la ejecutoria de esta providencia, proceda a abrir la investigación en relación con la situación de la menor DIANA PATRICIA GUTIERREZ, por medio de auto en el que deberá ordenar la práctica de todas las pruebas o diligencias tendientes a establecer las circunstancias que pueden configurar la situación de abandono o peligro del menor.

QUINTO: Comisionar al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Fé de Bogotá para que vigile el cumplimiento de esta sentencia.

SEXTO: Ordenar que por la Secretaría General de esta Corporación, se comunique el contenido de esta providencia al Tribunal Superior de Bogotá, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1No sin motivo la Constitución pastoral Gaudium et spes habla de “promover la dignidad del matrimonio y de la familia.

2Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-523 de 1.992. MP. Ciro Angarita Barón.

3Cfr. Gaceta Constitucional. Pag. 6

4Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-217 de mayo 2 de 1.994. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martinez Caballero.

5Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-523 de 1.992. MP. Dr. Ciro Angarita B.