

Sentencia No. T-339/94

MATERNIDAD-Cuidado personal del hijo/DERECHOS DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR

Todo niño tiene derecho a gozar de la protección de una madre, ya que es un hecho notorio que el menor desposeído de la asistencia materna -y también paterna- es víctima de una situación en estricto sentido anti natural. Los primeros obligados a dar amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo, propiamente, la maternidad. De esta manera, todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad.

DERECHOS DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR/DEBER DE RECEPCION DE LOS PADRES/ABANDONO DEL MENOR

La primera manifestación del derecho al amor de los hijos, es la recepción que los padres tienen que brindarles. Esta recepción incluye tanto obligaciones de hacer, como obligaciones de no hacer. Aceptarlo implica la acogida y el respeto al niño en su singularidad, tal como es, con sus cualidades y defectos, los cuales, han de ser susceptibles de corrección, de ser ello posible. Igualmente, los padres, una vez recibido el hijo, tienen el deber de cuidarlo y brindarle todo el afecto posible. No cumplen, pues, con la obligación de recibir al hijo aquellos padres que lo abandonan física o moralmente al azar o al simple devenir, y en tal caso no se configuran jurídicamente la paternidad o la maternidad en sentido pleno y total, de suerte que en estos eventos se configuraría causal para perder la patria potestad.

Ref: Expediente T -35245

Peticionaria: MARIA CONSUELO MONTOYA GOMEZ

Procedencia: Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Tema: Derecho a la maternidad

Santafé de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Vladimiro Naranjo Mesa - Presidente de la Sala, Jorge Arango Mejía y Antonio Barrera Carbonell,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de tutela radicado bajo el Número T- 35245, adelantado por María Consuelo Montoya Gómez, en favor de su hija Consuelo Durán Montoya y de su nieta, en contra de Orfilia Montoya Montes.

I. ANTECEDENTES

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente escogió para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión de la Corte entra a dictar sentencia de revisión.

1. Solicitud

La señora María Consuelo Montoya Gómez interpuso ante el Juez Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), acción de tutela en favor de su hija Consuelo Durán Montoya y de su nieta, y en contra de Orfilia Montoya Montes, con el fin de que se les protegieran sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separadas de ella, y a ser protegidas de toda forma de secuestro, consagrados en el artículo 44 de la Constitución Política.

2. Hechos

Según la declaración rendida por la señora María Consuelo Montoya Gómez ante el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), los hechos que han dado origen a la presente acción de tutela, son los que a continuación se resumen:

Afirma la accionante que su hija Consuelo Durán Montoya, de quince años de edad, fue engañada por Jesús Antonio Rojas, quien la dejó en estado de embarazo. Dice que faltándole un mes para dar a luz, empezó a convivir con otro hombre, que no es el padre de su bebé, llamado Jorge Eliécer Rendón. Cuando nació el bebé -dice la peticionaria-, este señor las amenazó con echarlas de su casa si permanecían en ella con la criatura; “este hombre la extorsionaba a ella y me extorsionaba a mí, sacándonos cuchillo, haciéndonos ir para la calle y diciendo que si ella se quedaba con la bebé, él no respondía por ella y que cada vez que viniera la aporreaba, debido a que tenía esa niñita”. Ante esta situación, su hija decidió “regalar” a la menor; la peticionaria, en efecto, se la entregó a la señora Orfilia Montoya, quien se hizo cargo de la recién nacida, y, a cambio de esto, se comprometió a proporcionarle los medios necesarios para la educación de la madre de la menor, además de unas drogas que le habían sido recetadas.

Manifiesta la peticionaria que con el transcurrir del tiempo, la señora Orfilia Montoya se negaba a dejarles ver a la niña, y que el dinero que se había comprometido a darles se lo enviaba con su hijo mayor para que ellas no pudieran tener ningún tipo de contacto con la menor. Según la accionante, Orfilia Montoya registró a la niña como si fuera suya, y la hizo bautizar con el nombre de Luisa Fernanda Gutiérrez Montoya. Ante esta situación, afirma la

señora Montoya Gómez que acudió a una Comisaría de Familia con el fin de recuperar a su nieta. Según la declarante, en una de las audiencias realizadas en dicho Despacho, la defensora de familia, doña Gloria Taborda, ayudó a la señora Orfilia Montoya a que abandonara el lugar con la niña, toda vez que se la iban a arrebatar para colocarla en un hogar sustituto. Según se desprende de la declaración de la señora María Consuelo Montoya, desde este momento la bebé está en manos de la señora Orfilia Montoya.

3. Pretensiones

Solicita la actora que se le devuelva la custodia de la bebé a su hija Consuelo Durán Montoya, toda vez que ésta se encuentra arrepentida de haberla entregado.

II. ACTUACION PROCESAL

Mediante auto de fecha 19 de febrero de 1994, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) admitió la presente acción de tutela y decretó y recolectó las siguientes pruebas:

A. Oficio ZOR - 022, remitido por la Defensora de Familia -Protección Especial- del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF)

Mediante el referido oficio la Defensora de Familia remitió copia del proceso administrativo No. 5L006-94-1, que se adelanta en favor de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Montoya, quien, según dicha funcionaria, se encuentra ubicada en un hogar sustituto del ICBF, desde el 1o. de febrero de 1994.

B - Declaración de la menor Consuelo Durán Montoya

La menor Consuelo Durán Montoya manifestó que, en un momento de desesperación se vio obligada a entregar a su hija, toda vez que su compañero Jorge Eliécer Rendón no aceptaba convivir con ella si se hacía cargo de la niña. Dice que la señora Orfilia Montoya le prometió que, a cambio de que le entregara a la niña, la iba a ayudar con ropa, a sostener sus estudios y a proporcionarle un subsidio económico cada mes.

Según la declarante, nadie la obligó a entregar a su hija; lo hizo libre espontáneamente porque su deseo era convivir con Jorge Eliécer Rendón. Dice que actualmente se encuentra separada de dicho señor y que vive junto con su madre, razón por la cual quiere recuperar a su hija.

C. Declaración del señor Jorge Eliécer Rendón

El declarante afirmó haber convivido con Consuelo Durán Montoya y con la peticionaria, quienes habitaron su casa durante casi un año.

Afirma el señor Rendón que Consuelo Durán abandonó a su hija recién nacida, ya que él le había dicho que no quería vivir con ella si se hacía cargo de la niña. Declaró también que en el momento se encuentra separado de Consuelo Durán.

D. Declaración rendida por Orfilia Montoya

Sostiene la declarante que tanto la accionante como su hija son personas de escasos recursos económicos; en relación con María Consuelo Montoya Gómez afirmó que trabaja “el rebusque, es decir como la prostitución (sic)”. Afirmó que la peticionaria acudió a su casa y le manifestó que le iba a regalar una niña, cuya madre era su hija Consuelo Durán. Dice que tanto la madre como la abuela de la niña le manifestaron que “no iba a tener problemas, que no fuera a decir nada, que dijera que era propiamente mía”.

Según dice la declarante, a febrero de 1994 fue citada al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y fue obligada a entregar la niña.

La señora Orfilia Montoya manifiesta que desea que la niña permanezca bajo su custodia, ya que ella puede darle todo el cuidado, cariño y atención que no le pueden dar ni la madre ni la abuela; dice también que la niña “merece que la pongan donde no sufra”, y que a su lado goza de cariño y afecto.

E. Declaración de Jesús Antonio Sepúlveda Rojas

El señor Jesús Antonio Sepúlveda afirma haber sido el novio de la menor Consuelo Durán, y que durante su noviazgo mantuvieron relaciones sexuales. Según el declarante, cuando la mamá de la menor se enteró que ellos mantenían relaciones sexuales, lo amenazó, razón por

la cual dice que tuvo que irse a vivir a Medellín. Afirma que aproximadamente dos meses y medio después de haber viajado, Consuelo lo llamó por teléfono y le contó que estaba embarazada. “Cuando ella me llamó a Medellín y me dijo que estaba en embarazo, inmediatamente me vine para acá al otro día, porque la niña me contó que la mamá la estaba obligando a que botara el peladito”, afirma el declarante.

El señor Sepúlveda Rojas sostiene que intentó que le practicaran un examen de sangre a él y a la niña con el fin de determinar si efectivamente era el padre, pero que Consuelo Durán nunca acudió al hospital de la localidad para tal fin.

Finalmente manifestó que prefiere hacerse cargo de la niña, antes de dejar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar la entregue en adopción a cualquier persona.

1. Fallo de primera instancia

Mediante providencia de fecha 23 de febrero de 1994, el Juzgado Primero penal del Circuito de Rionegro (Antioquia) resolvió no conceder la acción de tutela interpuesta por la señora María Consuelo Montoya Gómez.

Tras unas breves consideraciones, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro sostuvo que en el presente caso no se hace latente la existencia de un perjuicio irremediable ya que “está demostrado que la accionante María Consuelo Montoya Gómez recurrió a las autoridades competentes con el fin de obtener la custodia de su pequeña nieta, y esas autoridades, representadas en la señora Defensora de Familia, están siguiendo un proceso administrativo, con el fin de definir a quién le entregan la recién nacida”.

El a-quo consideró pertinente compulsar copias de lo actuado, con el fin de que se investigue la conducta de la señora Orfilia Montoya, por posible violación a la ley penal, por cuanto puede configurarse el delito de falsedad.

2. Impugnación

Mediante memorial presentado el 1o. de marzo de 1994, la señora María Consuelo Montoya Gómez impugnó el fallo proferido por el Juez Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia), con base en los argumentos que a continuación se resumen:

En primer lugar afirma la impugnante que es falso que su nieta se encuentre en un hogar sustituto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, toda vez que a ella le consta que la niña aún se encuentra en manos de la señora Orfilia Montoya, quien la ha estado ocultando permanentemente. Además, dice que la defensora de familia, Gloria Taborda, ha demostrado una clara intención de favorecer a la demandada, en perjuicio de los derechos de su hija y de su nieta.

Dice la impugnadora que tanto ella como su hija se vieron en la necesidad de entregar a la menor, debido a las amenazas realizadas por Jorge Eliécer Rendón, pero que actualmente ese problema ha sido superado, razón por la cual además de contar con los recursos económicos necesarios, se pueden hacer cargo de la niña.

1. Fallo de segunda instancia

Mediante providencia de fecha 16 de marzo de 1994, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Antioquia resolvió confirmar el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro.

Considera el ad-quem que “tal como se plantea el caso que revisa la Sala, quizás debido al desespero e impotencia para sostener la niña que acababa de nacer, la hija de la aquí demandante, autorizó a ésta para que ‘la regalara’ a otra persona que quisiera hacerse cargo de ella, y la persona escogida fue la demandada en esta acción. Luego del posterior arrepentimiento de la madre y de la abuela de la pequeña, surgió el reclamo ante la ‘madre adoptante’, disputa que dio origen al proceso administrativo No. 51006-91-4, que la Defensoría de Familia del municipio de Rionegro adelanta en favor de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Montoya, que se encuentra ubicada en un hogar sustituto desde el primero de febrero del año en curso. Luego, si al momento de iniciarse la acción, la menor mencionada se encontraba bajo la protección del Instituto de Bienestar Familiar, no podía hablarse de que se encontrara en estado de abandono, ni mucho menos que la demandada le estuviera vulnerando su derecho a regresar a su hogar biológico. De acuerdo con el Código del Menor, la autoridad administrativa encargada de dirimir la controversia aquí planteada, es el Instituto de Bienestar Familiar, mediante los trámites allí establecidos”. Así, encontró la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Antioquia, que existe un proceso

administrativo en trámite, cuya eventual decisión puede ser sujeto de los recursos de ley, razón por la cual la acción de tutela resulta improcedente.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9o. de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela de la referencia.

2. La materia

2.1 La maternidad en función del menor

La maternidad, como proyección de la solidaridad natural de la persona humana, no comprende, per se, un estado biológico a secas, sino una actitud racional. De no ser así, se desconocería, verbi gratia, la maternidad por adopción, la cual no es una ficción, sino una verdadera actitud afectiva tendiente a asumir a plenitud la noble misión maternal.

La actitud de ser madre es un modo de ser natural de la mujer, y se expresa en la disposición plena de ésta a la promoción y cuidado personal y personalizante del hijo. Se trata, también, recíprocamente, de un derecho que, por naturaleza, tiene el menor a ser tratado como hijo. En efecto, todo niño tiene derecho a gozar de la protección de una madre, ya que es un hecho notorio que el menor desposeído de la asistencia materna -y también paterna- es víctima de una situación en estricto sentido anti natural. Pues así como en los animales se observa que los hijos son asistidos por la madre, con mayor razón en el seno de la comunidad racional debe presentarse dicha relación de cuidado especial. Es así como el jurisconsulto Ulpiano ve en esta relación un asunto propio del *ius naturale*, al escribir:

“Es derecho natural el que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho es común a todos los animales de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y la hembra que nosotros llamamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales,

incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho”¹ .

Luego la maternidad es un acto de solidaridad originario y primario de la especie humana, que está ordenada -no determinada como fuerza ciega, porque la persona es libre- tanto a la paternidad en el varón, como a la maternidad en la mujer.

El artículo 44 de la Carta Política reconoce como derecho fundamental de los niños entre otros, “el cuidado y amor”. Es la primera vez que en una Constitución colombiana se le da al amor el tratamiento de objeto jurídico protegido. Obviamente los primeros obligados a dar amor al niño son sus padres, de suerte que si hay una falta continua de amor hacia el hijo, no se está cumpliendo, propiamente, la maternidad. De esta manera, todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. Entonces, si un padre o una madre incumplen con su obligación constitucional, no sólo están incurriendo en actitud injusta, sino que no están desempeñando ni la paternidad ni la maternidad, en estricto sentido, porque no ejerce la actitud debida conforme a derecho.

La maternidad está reconocida por el orden jurídico internacional como derecho humano, y, por tanto, se protege en todas las situaciones. Pero no es un derecho absoluto, porque se encuentra, como todo derecho, limitado, en este caso, por los derechos del mismo hijo y por el orden social justo. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 25, numeral segundo, estipula:

“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Sobre el contenido de este texto es conveniente hacer las siguientes precisiones: en primer término, la maternidad es protegida con el derecho a cuidados especiales en virtud del bienestar del menor y, por extensión, en función de la madre, para que ésta pueda llevar a cabo su misión de solidaridad natural. En segundo lugar, como la maternidad está para la protección del infante, se deduce que éste tiene derecho a una madre que lo asista. Tercero, la madre tiene derecho a la conservación de su status -siempre y cuando cumpla con el deber de amor hacia su hijo, pues la esencia de la filiación es el amor-, es decir, tiene el

derecho a realizar sus funciones, y en atención a dichas funciones, y al amor, a mantener el vínculo jurídico y afectivo con su hijo. Y, finalmente, se protege por igual a la maternidad dentro del matrimonio, como a la que se presenta por fuera de la relación matrimonial, con base en el trato igual debido tanto a las madres como a los niños.

2.2 El deber de recepción de los padres

La primera manifestación del derecho al amor de los hijos, es la recepción que los padres tienen que brindarles. Esta recepción incluye tanto obligaciones de hacer, como obligaciones de no hacer. Dentro de las obligaciones de hacer se encuentran, entre otras, la aceptación incondicional del hijo, desde el momento de la concepción. Aceptarlo implica la acogida y el respeto al niño en su singularidad, tal como es, con sus cualidades y defectos, los cuales, han de ser susceptibles de corrección, de ser ello posible. Igualmente, los padres, una vez recibido el hijo, tienen el deber de cuidarlo y brindarle todo el afecto posible. Se dice todo el afecto posible, por cuanto el merecimiento de cada hijo es indeterminado, y supone una calidad moral ordenada a crecer. También, y como una característica de la paternidad y maternidad, debe brindarsele la educación, que es deber irrenunciable de quienes asumen el status de padres. Estos son los primeros educadores, y hay que anotar que la educación que brindan los padres es, bajo ciertos aspectos, insustituible; de ahí su enorme importancia. Es insustituible la educación que deben dar los padres a los hijos, por dos razones: primero, porque son los que mejor pueden conocer al niño, y segundo, porque son los que más confianza generan en los sentimientos del menor. Conocimiento y confianza son, pues, dos elementos básicos para la formación personalizada del infante. La educación paterna -y por supuesto, la materna- se entrelaza con los deberes de promoción, corrección, buen ejemplo -los padres deben ser maestros de vida-, asistencia, cuidado especial y ayuda.

No cumplen, pues, con la obligación de recibir al hijo aquellos padres que lo abandonan física o moralmente al azar o al simple devenir, y en tal caso no se configuran jurídicamente la paternidad o la maternidad en sentido pleno y total, de suerte que en estos eventos se configuraría causal para perder la patria potestad.

Ahora bien, dentro de las obligaciones de no hacer de los padres, se destacan las de no abandono y no agresión. En torno a la primera, hay que decir que no se refiere solamente al abandono físico, sino también al moral y al espiritual, por cuanto el hombre es una unidad

vital que comprende potencias físicas (relativas al cuerpo), morales (relativas a sus virtudes y valores) y espirituales (relativas al cultivo de la intelectualidad y a su actitud trascendente). En cuanto a la no agresión, significa que el deber de corrección tiene un límite en el derecho a la vida (prohibición del aborto) y en el derecho a la integridad física, moral y espiritual del menor.

En conclusión, para esta Sala la maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad.

2.3 El caso concreto

Del examen de los hechos, se deduce prima facie que la menor ha sido víctima del abandono, tanto material como afectivo, por parte de su madre, quien al “regalar” a la niña, como si fuera un objeto, incumplió los deberes propios de la madre, señalados en esta Sentencia, y que están consagrados en la Constitución Política (arts. 42 y 44). No tiene justificación moral alguna el incumplimiento del deber de recepción y sobre todo cuando - como en el caso sub examine- se desatiende a la propia hija, con quien se tiene un vínculo natural, por complacer a un eventual compañero sexual, que no es el padre de la criatura. La vida y la dignidad de la menor exigen un compromiso serio y efectivo, no sometido a las contingencias del capricho de la madre biológica. Por ello la Sala considera pertinente solicitar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como en efecto lo hará, resolver en el menor tiempo posible, en aras de la estabilidad emocional de la menor, el asunto bajo su competencia.

Encuentra la Sala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelanta el proceso administrativo No. 51006-94-1, en favor de la menor Luisa Fernanda Montoya, con fundamento en el procedimiento previsto en la parte primera del Código del Menor (artículos 29 y ss.). Dicho proceso ha contado con la intervención tanto de la accionante, María Consuelo Montoya Gómez, como de su hija Consuelo Durán Montoya, y madre natural de la criatura objeto de la acción de tutela, como de la accionada Orfilia Montoya Montes.

Por lo anterior, se considera que la presente acción resulta improcedente, toda vez que existen otros mecanismos de defensa judicial para la defensa de los derechos de la peticionaria, (artículo 6, numeral 1o. del Decreto 2591 de 1991). Igualmente, no encuentra la Sala que se configure el perjuicio irremediable, por cuanto la Defensoría de Familia del municipio de Rionegro adelanta un proceso en favor de la menor Luisa Fernanda Gutiérrez Montoya, que se encuentra ya ubicada, desde febrero del presente año, en un hogar sustituto del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y, por lo tanto, no se halla en estado de abandono; en tal virtud, no cabe alegar el perjuicio irremediable en estricto sentido.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia del 16 de marzo de 1994, que a su vez resolvió confirmar el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro de fecha 23 de febrero de 1994 que deniega la acción de tutela interpuesta por la señora María Consuelo Montoya Gómez.

SEGUNDO: SOLICITAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar resolver en el menor tiempo posible el proceso administrativo No. 51006-94-1.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Digesto. 1.1.1.