

T-369-95

Sentencia No. T-369/95

## DERECHOS DEL NIÑO/DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA /COLOCACION FAMILIAR

La Corte, obligada a hacer prevalecer el derecho sustancial, no pueden 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.

## ACCION DE TUTELA TRANSITORIA A FAVOR DE MENOR/ABUSO SEXUAL

En la presente tutela es obvio que el lugar menos adecuado para que viviera la niña era la habitación del padre; y serán las autoridades correspondientes quienes en definitiva resolver sobre la custodia y cuidado de la menor. Entre tanto, es impostergable ratificar la medida tomada en la sentencia de 19 de mayo de 1995 en el sentido de tutelar provisionalmente porque hay amenaza fundada y grave de que la niña sea víctima de abusos, además de que el contorno que la rodearía en la habitación de su padre le ocasina un perjuicio irremediable a su integridad física y moral.

REF: EXPEDIENTE T-63698

Peticionaria: Gladys Albanis Lenis Herrera

Procedencia: Juzgado 8º Penal Municipal de Cali.

Tema:

-Protección al menor.

Magistrado Ponente:

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO.

Santa Fe de Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, presidida por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero e integrada por los Magistrados Fabio Morón Díaz y Vladimiro Naranjo Mesa.

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En proceso de tutela identificado con el número de radicación T-63698, adelantado por Gladys Albanis Lenis Herrera contra el señor Luis Mosquera Quesada.

#### I. ANTECEDENTES.

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto No. 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia. Por reparto correspondió el proceso a esta Sala de Revisión.

##### 1. Solicitud.

Gladys Albanis Lenis Herrera impetró acción de tutela contra el padre de su hija, Luis Mosquera Quesada, en defensa de los derechos fundamentales de su descendiente.

Afirma la peticionaria que, como fruto de las relaciones sentimentales que sostuvo con el señor LUIS MOSQUERA QUESADA, hace 5 años nació la niña N.N., menor que encontraba bajo la custodia de su padre, por cuanto, narra la petente, debido a problemas relacionados con agresiones físicas y verbales se vió en la “obligación” de entregar la niña al demandado, hace aproximadamente un año.

En la actualidad se encuentra cursando proceso de regulación de visitas en el juzgado Octavo de Familia de Cali, actuación que promovió la peticionaria de esta tutela, pero no hay constancia de que existe proceso judicial sobre la custodia de la niña. Como medida previa al proceso se decretó “visitas provisionales” a la menor en favor de la señora Lenis Herrera, las cuales fueron obstaculizadas por amenazas del padre a la señora Gladys Lenis.

Narra la petente que se vió en la necesidad de interponer la presente acción de tutela, porque tuvo conocimiento de los posibles abusos sexuales que el padre de la menor ejerce sobre ella, aspecto que evidencia el peligro a que está sometida su hija.

Con posterioridad, la menor fué puesta bajo custodia de la madre, debido, según se dice, a actuaciones en el ICBF.

## 2. Sentencia del Juzgado 8º Penal Municipal de Cali.

El Juzgado 8º Penal Municipal de Cali al resolver en primera y única instancia la acción de tutela de la referencia, mediante sentencia de febrero 7 del año en curso, resolvió abstenerse de tutelar los derechos fundamentales invocados por la peticionaria, pero en la parte motiva de la providencia, ordenó de manera inmediata poner en hecho en conocimiento del defensor del familia, para que se tomaran las medidas necesarias para proteger la vida e integridad física de la menor.

Consideró el juzgado que, a pesar de que es “evidente” el estado de abandono y el peligro físico y moral de la menor, existe otros medios de defensa judicial, como la extinción de patria potestad o el trámite ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que permiten brindar amparo a la menor.

## 3. Declaración de nulidad

Esta Sala de Revisión, en providencia de 6 de abril de 1995 declaró la nulidad de todo lo actuado por cuanto el particular contra quien se dirigía la tutela no fue informado de la existencia de la acción. Estas fueron las consideraciones para tomar tal decisión:

El procedimiento de tutela tiene como característica fundamental y esencial la de ser un procedimiento especial y breve que garantiza la protección ágil y cierta de derechos y libertades que la Constitución Política le reconoce a todas las personas. Procedimiento éste

que debe regirse bajo principios expresamente consagrados en el artículo 3 del Decreto 2591 de 1991, como el de prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad, eficacia y publicidad. Esto no quiere decir que el juez de tutela so pretexto de decidir una solicitud de protección de derechos fundamentales a través de un procedimiento que tiene un carácter sumario e informal pueda atentar contra derechos que también son amparados por la Constitución.

Como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuando una tutela se dirija contra particulares, el juez debe informarles a éstos que se ha iniciado un proceso en su contra y que pueden hacer uso de las garantías que la Constitución Política les otorga. El no hacerlo genera una nulidad de lo actuado por violación al debido proceso, dado el carácter relevante de la omisión. Ha dicho la Corte Constitucional al respecto:

“Cuando la tutela es contra particulares hay que hacerles saber a los acusados que el proceso contra ellos se ha iniciado. No se puede argumentar que como en la acción de tutela no es indispensable que haya auto avocando el conocimiento, entonces no hay nada para notificar. Hay que acudir a cualquier medio expedito, esto hace parte del principio de la publicidad. Y, si no se hacen las diligencias para la notificación, se viola el principio de derecho de defensa.”<sup>1</sup>

Pero debe hacerse claridad en que la acción del juez no está encaminada a exigírselle un resultado a través de la notificación, debido a que su obligación es de medio, esto quiere decir que cuando no pueda notificarse personalmente o habiendo acudido a un medio expedito y eficaz, se continuará la tramitación para hacer publicidad del proceso que asumió conocimiento. Así lo explicó la Sala Primera de Revisión:

“La Sala considera pertinente descartar que si tratándose de acciones de tutela dirigidas contra una autoridad pública, las notificaciones deben realizarse por el medio que el juez considere más expedito y eficaz, este principio opera con mayor razón cuando la acción está dirigida contra un particular. El ideal, lógicamente, consiste en la notificación personal de la providencia que admite la demanda de tutela y ordena tramitarla. Pero si esta notificación personal no es posible, en razón de la distancia y el angustioso término de diez (10) días fijados en la Constitución impide el emplazamiento de la persona demandada, tal notificación deberá hacerse por el medio que, siendo expedito y eficaz, asegure o garantice que el

demandado tenga un conocimiento real del comienzo del proceso. El juez debe ser especialmente cuidadoso para garantizar el derecho de defensa del particular. Pues una acción de tutela tramitada sin que éste tenga conocimiento real de su existencia, jamás se ajustará al debido proceso.”<sup>2</sup>

En el caso concreto, se evidencia en el expediente, la ausencia de notificación del auto admisorio de la solicitud de tutela al señor Luis Mosquera Quesada, contra quien se dirige la presente acción. Aspecto que genera un vicio de nulidad, por lo que esta Sala decretará la nulidad del proceso a partir del auto que admitió la petición de tutela.

#### 4. Nueva sentencia.

Subsanada la nulidad, el Juez 8º Penal Municipal de Cali resolvió:

“PRIMERO: TUTELAR DE MANERA PROVISIONAL el Derecho invocado por la señora GLADYS ALBANIS LENIS HERRERA y en representación de su menor hija, ordenándose, que la niña N.N., permanezca a su lado, hasta tanto la autoridad respectiva, decida en cabeza de cual de sus padres quedará la patria potestad de la misma.”

Estas apreciaciones hizo el Juzgado:

“Como se puede apreciar, en este momento no tendría un interés legal la acción impetrada, pues como lo dice la misma accionante, la menor se encuentra en su poder, pero sin embargo, la señora GLADYS ALBANIS LENIS HERRERA deberá en bien de su hija, adelantar los trámites legales para obtener la custodia de la niña, pues la declaración de la señora YOLANDA MOSQUERA, hermana del padre de la menor, son alarmantes, al manifestar que este consume “Perica” y al parecer éste ha tratado de abusar sexualmente, nos están avisando que debe acudir ante Bienestar Familiar para que le presten la ayuda profesional al respecto y como lo ha planteado Nuestra Honorable Corte Constitucional, debido a la urgencia del caso planteado y ante la necesidad de proteger posibles daños a la integridad física y psicológica de la menor, solicita al juzgado de instancia, tomar las medidas provisionales a que hubiere lugar.

Pues bien, y teniendo en cuenta lo anterior, éste Despacho, ordenará que provisionalmente, la menor N.N., permanezca al lado de su madre GLADYS ALBANIS LENIS HERRERA, hasta

tanto la Patria Potestad de la misma sea dirimida por la autoridad competente.-

Igualmente y como quiera que se ha tenido en conocimiento de una posible conducta ilícita de parte del señor LUIS MOSQUERA QUESADA, se compulsarán las copias ante la autoridad competente para que se inicie la investigación a que hubiere lugar."

## II. FUNDAMENTOS JURIDICOS

### 1. Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer de revisión dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 35 y 42 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su exámen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

## B. EL CASO CONCRETO FRENTE A LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO.

1. No hay certeza sobre el abuso sexual del padre sobre su hija, la afirmación de una declarante en el sentido de haber escuchado que la niña se quejara y que el padre le dijera: "ya, ya mamita", lanza una suspicacia neutralizada por el afecto paternal reconocido por quienes han rendido testimonio en este expediente.

Pero, las aseveraciones de la tía respecto a una conversación que escuchó entre el padre y una "mujer rebuscadora " (ramera), en la cual decía el padre que él "había estado molestando" a su propia hija, obliga a pasar de la suspicacia a la sospecha.

De todas maneras, el contorno que rodeaba a la niña, en la habitación de su padre y de su tía, no era el más adecuado.

La tía insinúa conducta incestuosa del padre, el padre acusa a su propia hermana de actitud depravada con su pequeña hija y todo ello se desarrollaba en una habitación donde, según se afirma, se consume bazuco, se planean delitos y se vive entre continuos disgustos, amenazas y peleas. Será tan grave la situación que el ICBF prefirió permitir que se trasladara a la menor a la casa de la madre pese a que se le endilga ser prostituta.

Este ambiente mórbido no es el propicio para el desarrollo normal de la menor. En verdad, no se trata solamente de definir bajo la custodia de cuál de los padres quedará la menor sino de tomar las medidas adecuadas para proteger la integridad física del menor. Es necesario desarrollar el tema, recordando que esta Sala, en sentencia T-217/94, había dicho:

El Código del Menor trata en el título II “Del menor abandonado o en peligro físico o moral”...

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 periente 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 ve una de tales medidas es la colocación familiar, también se llama “Hogar Sustitutivo”, hay quienes lo denominan “Hogar Amigo”.<sup>6</sup>

El artículo 73 del Código del Menor dice:

“La colocación familiar consiste en la entrega de un menor que se encuentren 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 pueden 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 colocándolo en el Hogar Amigo donde viva 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.

Significa lo anterior que la Defensoría del Menor también debe preocuparse por la situación de la menor, buscando, como lo dice el artículo 3º del Código del Menor, cuidado y asistencia necesaria para el adecuado desarrollo físico, social, moral y mental de la niña.

2. En la presente tutela es obvio que el lugar menos adecuado para que viviera la niña era la habitación del padre; y serán las autoridades correspondientes quienes en definitiva resolver sobre la custodia y cuidado de la menor. Entre tanto, es impostergable ratificar la medida tomada en la sentencia de 19 de mayo de 1995 en el sentido de tutelar provisionalmente porque hay amenaza fundada y grave de que la niña sea víctima de abusos, además de que el contorno que la rodearía en la habitación de su padre le ocasina un perjuicio irremediable a su integridad física y moral. El artículo 44 de la C.P. es terminante sobre los derechos fundamentales de los niños.

“Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajo riesgosos”.

También tiene razón el Juez de tutela al decir que se compulsarán copias para investigar la posible conducta ilícita del padre de la menor. En estos dos aspectos la sentencia motivo de revisión deberá ser confirmada. Y, será adicionada en cuanto se le pedirá a la Defensoría de Menores que aplique, si es del caso, el Título II del Código del Menor:

“Del menor abandonado o en peligro físico o moral”.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMASE en todas sus partes la sentencia del Juzgado Octavo Penal Municipal de Cali, proferirá en la tutela de la referencia, el 19 de mayo de 1995, con la ADICION de oficial a la correspondiente Defensoría de Menores para que, si lo estima pertinente, de aplicación a las normas sobre el menor abandonado o en peligro físico o moral, contempladas en el Código del Menor.

SEGUNDO. Comuníquese inmediatamente al Juez de primera instancia para que efectúe las notificaciones y adopte las decisiones señaladas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Envíese copia de este fallo al Defensor del Pueblo.

Cópíese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado Ponente

FABIO MORON DIAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Auto de abril 15 de 1994. Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-27441.

2Auto Septiembre 14 de 1993. Magistrado Ponente Dr. Jorge Arango Mejía. Expediente T-16617.

6 La Resolución 2493 de 3 de noviembre de 1992, de la Directora General del ICBF, en su artículo 3º, numerales b- y c- emplea el término “Hogar Amigo”