

T-420-96

Sentencia T-420/96

INDEFENSION-Maltrato familiar

La solicitud de tutela en razón de maltrato físico o moral en el seno familiar, usualmente comporta una situación de indefensión del accionante que hace procedente su petición. El estado de indefensión de la víctima del maltrato se determina por la presencia del agresor en el ámbito del hogar, de la convivencia bajo un mismo techo del accionante con el agresor.

INDEFENSION-Violencia dentro del hogar

La indefensión, como presupuesto de la procedibilidad de la acción de tutela en contra de particulares por motivos de violencia familiar, comporta un elemento determinante y es que dicha violencia sea ejercida dentro del ámbito doméstico.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR-Improcedencia de tutela/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL EFICAZ-Maltrato intrafamiliar

La acción de tutela motivada en situaciones de violencia intra-familiar no será en lo sucesivo procedente. Ello por cuanto la nueva ley 294 de 1996, consagra claros medios de defensa judicial, cuyo objeto consiste específicamente en la protección inmediata, mediante trámites sumarios y expeditos, de los derechos fundamentales que puedan ser vulnerados en tales situaciones. De esta manera, la acción de tutela, eminentemente residual y subsidiaria, pierde su razón de ser y en consecuencia no debe ser admitida en esos casos.

TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO-Protección constitucional transitoria/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Protección del menor

Aunque existen medios de defensa judicial a través de los cuales puede la madre obtener la guarda de sus hijos o la regulación de un programa de visitas que les permita a los menores gozar del derecho a la familia que la Constitución expresamente les reconoce, así como del cuidado y del amor que sólo ella puede suministrarles por el simple hecho de ser su madre y que nuestra Carta Política expresamente erigió en la categoría de derechos fundamentales de los niños, estima la Sala que el perjuicio irremediable que tal separación está

produciendo, y que por las vías judiciales ordinarias podría prolongarse aún más, ameritan que la tutela sea concedida como mecanismo transitorio. La separación forzada de un niño de su madre, es un daño irremediable no susceptible de reparación a través de ningún medio jurídico. Se está en presencia de un perjuicio irremediable que amerita conceder la tutela mientras se adelantan ante la jurisdicción de familia las acciones tendientes a la definición de la guarda de los hijos menores de la accionante.

Referencia: Expediente T-97.623

Peticionario: XX

Procedencia: Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería.

Temas:

Maltrato Familiar

Estado de indefensión

Magistrado Ponente:

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C. nueve (9) de septiembre mil novecientos noventa y seis (1996)

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, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de tutela radicado bajo el número T- 97.623, adelantado por la señora XX contra el señor YY

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del decreto 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. Este expediente fue acumulado al T-97.837, mediante auto de Sala de Selección número Cinco, el día 29 de mayo de 1996. Sin embargo, por no poderse fallar en conjunto con el otro, por presentar condiciones materiales diferentes, se decidió su desacumulación mediante auto del nueve (9) de septiembre de 1996.

De conformidad con el artículo 34 del decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. Solicitud

La peticionaria, en nombre propio y en el de sus tres hijos menores, interpone acción de tutela con el fin de proteger sus derechos a la vida, igualdad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad, vulnerados por YY, con quien hizo vida marital durante algo menos de 12 años.

2. Hechos

Asegura la peticionaria, que de la unión marital con el demandado nacieron los menores A,B Y C; pero que a raíz del mal trato que éste le infligía, decidió separarse 18 meses atrás.

Desde comienzos de 1996, la peticionaria se radicó en Montería, donde inició sus estudios de derecho en la jornada nocturna; sin embargo, afirma, su excompañero la sigue coaccionando, injuriando y amenazando para que regrese a vivir con él.

“Entre una de esas formas de coacción -aclara- está el hecho de que en cualquier momento llega y se lleva los niños por varios días, ocasionándoles perjuicio en sus clases y causándoles graves perjuicios morales. También como forma de coacción me hace amenazas de muerte e incluso golpes y en alguna oportunidad me hizo un disparo. De ello existe denuncia ante la inspección de policía de Buena Vista, donde sucedió el hecho”

En efecto, la peticionaria presentó denuncia contra YY ante la mencionada inspección de policía, como consta en los folios 40 y 41 del expediente, por el delito de tentativa de homicidio. En dicha denuncia relató la manera como sucedieron los hechos en los que el demandado le hizo un disparo fallido, cuando aquella se encontraba con uno de sus hijos.

La Peticionaria relata en su demanda de tutela que, “En el día de ayer, 9 de Abril, se presentó a mi residencia en la dirección ya anotada el señor YY y en forma violenta entró a las alcobas, y sacó todos mis vestidos, mi cédula de ciudadanía y pasaporte, todo lo cual se lo llevó. También me despojó de mis libros de estudios, de mi agenda personal, cuadernos de apuntes de mis estudios, dineros etc.

“Además de lo anterior, se llevó a los niños C Y B. Además, se presentó al Colegio CENTRO DOCENTE LA RIVERA y en forma altanera exigió de la directora de dicho colegio la entrega de los documentos del menor C.” (Mayúsculas en el original)

Finalmente, acusa también a su compañero por incumplimiento de sus deberes familiares.

3. Pretensiones

Además de la protección transitoria de sus derechos fundamentales y de los de sus hijos, la peticionaria solicita al juez de tutela ordenar, precautelativamente, la conducción por parte de la Policía Nacional, del señor YY, para que el juzgado le advierta lo de rigor y le ordene devolver a los menores que están con él.

III. ACTUACION JUDICIAL

1. Testimonios recaudados por el Juez de tutela.

Admitida la demanda, el juez primero penal del Circuito de Montería recaudó, entre otros, los testimonios que a continuación se relacionan.

1.1. Testimonio rendido por Débora María de Hoyos González.

La interrogada, empleada del servicio doméstico de la tutelante, sostiene que a pesar de no haber trabajado más de diez días en casa de ésta, pudo enterarse de que el demandado “ llegó el martes a las 8:30 de la mañana, fue en busca de la hija, llegó furioso, se puso a discutir con la señora y después la señora salió y se quedó con los tres hijos de él que estaban allí, luego cogió se metió dentro de las piezas y registró (sic) sacó una ropa y reventó el teléfono contra un cuadro que estaba en la sala y le pegó una cachetada al hijo también, cuando partió el vidrio cortó a la niña en la pierna y el también se cortó y salió para el colegio y retiró los papeles del colegio del niño y selos a los dos (sic), se llevó unos libros

de estudio de la señora X, después al siguiente día llegó (...) preguntando por A, le abrí la puerta de la casa y entró, después salió y se devolvió (...) y me dijo si vas a declarar contra mi al Juzgado te jodo (...) también me dijo que le dijera a la mujer que le iba a hechar (sic) dos hombres para que la mataran”

1.2. Declaración de A

El declarante, menor de edad e hijo de la peticionaria, manifiesta que ésta no quiso vivir más con su padre porque éste la maltrataba física y verbalmente. Agrega que sus hermanos menores se encuentran viviendo en Sahagún con unos tíos, y que no están estudiando porque su padre los había retirado del colegio. Aún así, asegura, sus condiciones de vida en Sahagún son buenas.

Agrega también el menor, que pudo constatar cómo el señor YY había ingresado a la casa para llevarse unos documentos y unas prendas de vestir, al igual que fue testigo de la ocasión en la que el demandado hizo contra la demandante un disparo con arma de fuego, cuando se encontraban en el municipio de Buenavista.

1.3. Declaración de la directora de la Escuela Urbana Mixta “La Rivera”

La directora de la escuela en la que estudiaba el menor C manifiesta que el padre se hizo presente en el plantel con el fin de cancelar la matrícula de su hijo. Agregó que el señor YY los había amenazado para que le devolvieran los documentos del menor con el argumento de que la madre del niño no lo podía sostener, y que había manifestado su intención de llevárselo para Barranquilla.

1.4. Otras intervenciones

Dentro de la misma oportunidad probatoria intervinieron en el proceso los ciudadanos Rosa Isabel Paternina Alvarez (vecina), Lilith Marleth Otero Vergara (hermana) y Carmen Victoria Cadavid (amiga), quienes en lo fundamental, coincidieron con las versiones rendidas por los demás declarantes, relativas a los motivos que condujeron a la demandante a separarse del señor YY, y a los demás acontecimientos protagonizados por éste y por aquella.

2. Única instancia

Mediante sentencia del 22 de abril de 1996, el juez primero penal del circuito de Montería decidió negar la protección solicitada por la tutelante con base en el argumento de que en su parecer, y “Conforme a las pruebas recepcionadas en la presente acción, ninguna subordinación, dependencia o indefensión se deduce por parte XX, con respecto a YY, que permita intuir una inminente vulneración de sus derechos fundamentales.

“La protección del derecho a la vida, no es viable en este caso por cuanto no se evidencia vulneración del mismo en lo que respecta a la accionante, ya que si hubo disparos en su contra y amenazas, es la vía judicial el medio expedito para reclamar la protección de estos derechos, más si como en el caso sub-lite, no se vislumbra en el expediente un irremediable perjuicio que permita usar la tutela como mecanismo transitorio”

Asegura el juzgado que ninguno de los derechos cuya protección demanda la solicitante puede ser objeto de tutela, porque la ausencia de una situación de indefensión hace que la demanda no prospere en la medida en que fue interpuesta contra un particular, cuya conducta, posiblemente delictiva, debe ser analizada por un juez penal.

Finalmente, concluye el juzgado, aunque sería factible decretar la protección de los derechos de los menores, se vislumbra que estos no se encuentran frente a un peligro efectivo, puesto que se hallan viviendo en casa de sus tíos sin que se presente de manera evidente un perjuicio para su vida e integridad física.

Aclara que la guarda de los menores no puede decidirse por el juez de tutela, sin que le corresponda al defensor de familia decidir su encargo de manera provisional.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

2. La acción de tutela por razones de maltrato familiar

En diversas oportunidades la Corte Constitucional ha tutelado los derechos fundamentales de personas víctimas de la violencia familiar. Los fundamentos sobre los cuales se ha edificado la procedencia de esta protección, constituyen una jurisprudencia ya decantada que ahora resulta pertinente reiterarse:

2.1. Tutela contra particulares. Estado de indefensión:

La solicitud de tutela en razón de maltrato físico o moral en el seno familiar, usualmente comporta una situación de indefensión del accionante que hace procedente su petición. Es sabido que conforme con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela no procede en contra de particulares, salvo en casos especiales como cuando el solicitante se halla en estado de subordinación o indefensión en relación con el particular contra quien dirige la tutela.

En desarrollo del precepto constitucional referido, el numeral 9° del artículo 42 del decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra acciones u omisiones de particulares, cuando la solicitud se eleve para tutelar la vida o la integridad física de quien se encuentre en estado de subordinación o indefensión respecto de la persona contra quien se interpuso la tutela, presumiéndose la indefensión del menor que solicita el amparo.

En relación con la situación de indefensión por causa de maltrato familiar que hace procedente la acción de tutela, la Corte ha dicho:

“Se trata en este caso concreto de un conjunto de relaciones de carácter doméstico en que el marido colocándose en situación de superioridad física, abusa de su presencia en el hogar y despliega la potencia de su habilidad adquirida para someter cualquier resistencia de la mujer; adviértase que esta situación se configura en el caso de la incapacidad material y física de detener por medios civilizados una agresión de tal índole que, como en el caso que se examina pone en grave peligro la vida y la integridad personal de la agredida. La indefensión a que hace referencia la norma que se cita está constituida precisamente por la falta de defensa física o por la carencia de medios físicos para repeler la ofensa contra la vida o la integridad producida por una persona natural a la que se debe respeto, afecto y consideración” (Sentencia T-529 de 1992. M.P. Doctor Fabio Morón Díaz).

En relación con el mismo tópico, la Corte en ocasión posterior expresó:

“La Corte estima que, mirada la situación desde el punto de vista fáctico, se tiene un verdadero estado de indefensión que hace viable la tutela por cuanto en el ámbito hogareño

la quejosa está a merced de la fuerza física y la voluntad del varón, quien abusa de sus ventajas para ofenderla y maltratarla.”(Sentencia No. T-487 DE 1994 M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Destaca la Sala que la jurisprudencia ha entendido que la indefensión, como presupuesto de la procedibilidad de la acción de tutela en contra de particulares por motivos de violencia familiar, comporta un elemento determinante y es que dicha violencia sea ejercida dentro del ámbito doméstico. Así lo sugieren algunas expresiones contenidas en los apartes jurisprudenciales transcritos. V.gr, en el párrafo precedente se habla del “ámbito hogareño”, en el cual “la quejosa está a la merced de la fuerza física y la voluntad del varón”. Y en la sentencia citada con anterioridad a esta, se habla de “relaciones de carácter doméstico” y de “presencia en el hogar”.

Puede entonces afirmarse, que para esta Corporación el estado de indefensión de la víctima del maltrato se determina por la presencia del agresor en el ámbito del hogar, de la convivencia bajo un mismo techo del accionante con el agresor. Aunque en algunos casos excepcionales, la protección ordenada por la Corte al decidir la acción de tutela ha determinado una especial vigilancia por parte de las autoridades policivas en el sitio de trabajo de la víctima, la línea general seguida por la jurisprudencia ha sido la de considerar que la indefensión se circunscribe al espacio físico de vivienda familiar.

Adicionalmente, también ha sido esbozado como criterio jurisprudencial, que en todo caso la determinación del factor de indefensión queda al criterio del juzgador en cada caso particular. En este sentido se dijo en sentencia T-161 de 1993 (M.P. Doctor Antonio Barrera Carbonell) lo siguiente:

2.2. Derechos fundamentales a la vida e integridad personal:

Refiriéndose a los derechos fundamentales a la vida e integridad física que resultan vulnerados en los casos de maltrato intrafamiliar, la Corte tuvo oportunidad de definir lo siguiente:

“Los maltratos físicos al cónyuge, compañero o compañera permanente implican abierta violación del derecho a la integridad personal, en cuya virtud nadie será sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes (artículo 12 C.P.).

Pero, además, implican grave amenaza para el derecho a la vida de la persona objeto de los ataques.

Por otra parte, es evidente el daño que tales comportamientos ocasionan a la familia, factor primordial de la convivencia y elemento social de primer orden, que merece la especial protección del Estado (artículos 5 y 42 C.P.). Como lo expresa la Carta "cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley". (Sentencia T-552 de 1994 M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo).

Y sobre el mismo punto, en anterior oportunidad sentó la siguiente jurisprudencia:

"Los principios constitucionales en la materia resultan flagrantemente desconocidos cuando uno de los cónyuges o compañeros permanentes ataca físicamente al otro, pues ello no sólo significa agravio -el que ya de por sí, aunque fuera puramente verbal, quebrantaría la regla del recíproco respeto que se deben los esposos- sino que repercute en la esfera de la integridad física y moral de la persona atacada e inclusive pone en peligro su vida.

"Como lo ha advertido esta Corte, "el respeto a la vida y a la integridad física de los demás, en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas, mucho menos a aquella con quien se comparte la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual." (Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-529 del 18 de septiembre de 1992 . Magistrado Ponente: Doctor. Fabio Morón Díaz).

2.3. Inexistencia de otros medios de defensa judicial

El objeto de la acción de tutela frente a situaciones de maltrato familiar es la protección inmediata del derecho a la vida y a la integridad personal; así lo definió reiteradamente esta Corporación. El objeto del debate en las acciones de familia o en las de carácter penal que con motivo de las mismas situaciones de hecho pueden interponerse, se ubica en otros ámbitos; por ello, es decir por perseguir un objeto diferente y autónomo, la acción de tutela ha sido admitida como procedente en los casos de maltrato familiar, considerando que no impide el ejercicio de las acciones propias del derecho de familia, ni las acciones penales que

también puedan adelantarse con fundamento en la misma situación fáctica que motivó la solicitud de amparo inmediato de los derechos fundamentales a través de la tutela.

En relación con las acciones policivas, también defino la jurisprudencia constitucional que éstas, por tratarse de medios de defensa que no pueden ser calificados de judiciales, no impiden el ejercicio de acción de tutela.

Al respecto resulta pertinente transcribir los siguientes apartes de la sentencia T- 529 de 1992 (M.P. Doctor Fabio Morón Díaz.):

“De otra parte, la Corte encuentra que no asiste razón para aceptar el argumento sostenido por el Honorable Tribunal Superior de Pereira, según el cual la situación planteada por la petición se contrae a un asunto típicamente doméstico y familiar, para cuya resolución judicial están previstas las acciones correspondientes ante la jurisdicción de familia, lo cual en su opinión hace improcedente la acción de tutela; en efecto, los hechos narrados y probados muestran que el conflicto intrafamiliar fue desbordado con amplitud por las agresiones y los tratos indignos e inhumanos del marido, poniendo en grave peligro la vida de la mujer y violando ostensiblemente su derecho a la integridad personal. Así, el conflicto a que se refiere la sentencia que se revisa debe ser resuelto ante el juez competente de conformidad con las normas legales aplicables; empero, en la acción de tutela, se trata de otro asunto, el cual aun cuando está relacionado con aquel, es perfectamente autónomo para los fines del amparo constitucional.

“Cabe advertir que esta distinción fáctica debe estar en la base del examen de la procedencia de la acción de tutela, pues, como se advirtió, no es voluntad del constituyente refundir o confundir las acciones judiciales, ni mucho menos enervar las competencias ordinarias de los jueces. Así pues, la procedencia de la acción que es impetrada en sede de tutela en estos casos, debe medirse por la gravedad de la conducta violenta e inhumana y por su impacto sobre los derechos constitucionales fundamentales, que no pueden quedar desprotegidos en espera de una resolución judicial que se contrae a decidir en principio sobre el conflicto intrafamiliar, las obligaciones recíprocas de naturaleza económica y jurídica entre los cónyuges y sobre lo que resulte en torno de los hijos; ocurre que el juez de familia se ocupa fundamentalmente de otro objeto y no de la protección inmediata del derecho a la vida y a la integridad física de las personas afectadas de modo inminente y grave por la

fuerza violenta, habitual e irresistible de otra, dentro de la unidad doméstica tradicionalmente marcada por algunas indeseables diferencias de sexo y por el sometimiento absurdo de una parte débil a otra más fuerte y abusiva, como es el caso que motiva estas actuaciones.

“Igualmente cabe señalar que tampoco es obstáculo para la procedencia de la acción de tutela la existencia de la vía penal que se surte también ante las autoridades judiciales especializadas, ya que estas actúan en cumplimiento de sus funciones públicas, como que son titulares de la acción correspondiente de carácter punitivo y represor; así, la jurisdicción penal conoce en este caso de las conductas específicas de lesiones personales o de las tentativas de homicidio, pero no de los específicos tratos inhumanos y degradantes a los que en este caso somete el marido a la mujer en el seno del hogar doméstico y familiar, y no conduce a su garantía inmediata y directa, que es el efecto directo de la orden de tutela.

“Obsérvese que la orden de amparo por vía de las actuaciones en sede de tutela, no enerva ni obstruye la competencia de las autoridades penales de la Rama Judicial, pues estas deben seguir el curso de las actuaciones que les asigna la función pública de que son titulares ante la comisión de un delito o de una conducta punible, e incluso pueden llegar a ordenar las reparaciones que sean procedentes por vía de la acción civil y dentro del marco de la correspondiente responsabilidad. Tutelar el derecho constitucional fundamental a la vida que se encuentra amenazado y el derecho a la integridad personal que ha sido violado por uno de los cónyuges que coloca al otro en condiciones de indefensión, no comporta en este caso la exclusión de las competencias de los jueces penales, pues, en juicio de la Corte Constitucional ambas vías judiciales buscan fines diferentes y no son incompatibles. En estos casos la vía judicial ordinaria no alcanza a garantizar los derechos constitucionales, que se pretenden proteger por vía de la acción de tutela.

2.4. La acción de tutela por maltrato intrafamiliar frente a la ley 294 de 1996.

No obstante todo lo anterior, la reciente expedición de la ley 294 de 1996 conduce a la Sala a estimar que la acción de tutela motivada en situaciones de violencia intra-familiar no será en lo sucesivo procedente. Ello por cuanto la referida ley consagra claros medios de defensa judicial, cuyo objeto consiste específicamente en la protección inmediata, mediante trámites sumarios y expeditos, de los derechos fundamentales que puedan ser vulnerados en tales

situaciones. De esta manera, la acción de tutela, eminentemente residual y subsidiaria, pierde su razón de ser y en consecuencia no debe ser admitida en esos casos.

En efecto el objeto de esta ley, según su propio tenor, estriba en “desarrollar el artículo 42, inciso 5° de la Carta Política, mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a esta su armonía y unidad.”

La familia, para los efectos de esta ley y de conformidad con lo indicado en el artículo 2°, está integrada por:

“a) Los cónyuges o compañeros permanentes;

b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;

c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos;

d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica;”

Para la aplicación e interpretación de este nuevo estatuto legal, el artículo 3° consagra una serie de principios a la luz de los cuales debe leerse su texto y entre los cuales la Sala resalta los siguientes:

“c) La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma, de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura o ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar.

“d) La igualdad de derechos y oportunidades del hombre y la mujer;

“e) Son derechos fundamentales de los niños: La vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor, la educación, la cultura, la recreación y la libre expresión de sus opiniones;”

...

” h) La eficacia, celeridad, sumariedad y oralidad en la aplicación de los procedimientos contemplados en la presente Ley.”

El nuevo estatuto, contempla quiénes son los titulares de la acción regulada por la ley, el juez competente para conocer de la misma, el tipo de decisión que se tomará en la sentencia, las sanciones que se podrán imponer así como las especiales medidas de protección que se pueden ordenar y el procedimiento según el cual se tramitará la petición; la asistencia a las víctimas del maltrato por parte de las autoridades de policía y la compatibilidad de la acción que se regula con las acciones penales por los delitos que se puedan configurar.

Se trata pues de un estatuto que regula íntegramente el nuevo medio de defensa judicial frente a situaciones de violencia originadas en el seno familiar, por lo que su aplicación puede hacerse efectiva a partir de la fecha de su vigencia, sin necesidad de reglamentación especial, sin perjuicio de que ella se produzca.

3. El caso concreto

En el caso bajo examen, la demandante solicita amparo por la vulneración de varios derechos fundamentales, en especial el de igualdad, el de intimidad, el derecho al libre desarrollo de su personalidad, el derecho a la honra, a la paz y a la libertad, que estima vulnerados por el comportamiento de quien antes fuera su compañero permanente. Igualmente solicita para sus hijos menores la protección del derecho a la vida y del derecho a la educación, igualmente puestos en peligro por el demandado, padre de aquellos.

Algunas de estas pretensiones, hoy en día pueden ser satisfechas a través de la acción consagrada en la nueva ley 294 de 1996. En efecto el artículo 5° de la misma dice así:

“Artículo 5°. Si el juez determina que el solicitante o un miembro del grupo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitirá mediante sentencia una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier conducta similar contra la persona ofendida. El juez podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas:

...

“En la misma sentencia se resolverá lo atinente a la custodia provisional, visitas y cuota alimentaria en favor de los menores y del cónyuge si hubiera obligación legal de hacerlo;

...

“d) Cuando la violencia o el maltrato revista gravedad y se tema su repetición, el juez ordenará una protección especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere.”

No obstante, la Sala aprecia que la presente acción de tutela fue interpuesta por la peticionaria el día 10 de abril de 1996, fecha para la cual la ley 294 de 1996 no había entrado en vigencia, puesto que la misma fue expedida el 16 de julio del mismo año. Así las cosas resulta evidente que la solicitante del amparo no tuvo expedita esta vía de defensa judicial consagrada en la nueva ley. En consecuencia se impone a la Sala determinar si la acción de tutela interpuesta resulta procedente, de conformidad con los criterios jurisprudenciales anteriormente comentados.

a) Procedencia de la acción respecto de la solicitante:

Tal como se explicó en el numeral 2.1 precedente, la indefensión como requisito de la procedibilidad de la acción de tutela por motivos de violencia intra-familiar, requiere como factor determinante el que esa violencia sea ejercida en el ámbito doméstico del hogar. De esta manera, establecido que en el caso bajo examen la solicitante no convive con el demandado y que incluso tienen su residencia fijada en municipios distintos, estima la Sala que no existe un verdadero estado de indefensión que haga prosperar la presente acción, en cuanto se dirige contra un particular.

Es cierto que la conducta del demandado resulta violatoria de los derechos fundamentales que la demandante pide tutelar. Pero no toda violación de derechos fundamentales implica de por sí que la acción de tutela sea el medio jurídico pertinente para lograr su protección. Existen en el panorama jurídico innumerables mecanismos jurídicos apropiados para la defensa de los derechos fundamentales, reservándose la acción de tutela como el residual y subsidiario, esto es, como el llamado a prosperar sólo en ausencia de otro medio alterno.

En el caso presente, aparte de no configurarse un estado de verdadera indefensión en

cabeza de la accionante -por los motivos ya explicados-, observa la Sala que tuvo ella expeditas las acciones de tipo penal para repeler las agresiones que contra su vida y su intimidad ha llevado a cabo su antiguo compañero, así como para denunciar los hechos que configuran delitos contra la propiedad. Por ello, aunque consciente de la gravedad de los hechos planteados, se verá en la necesidad de negar la tutela impetrada, en cuanto a los derechos de la accionante se refiere. No así en cuanto a los de sus hijos menores, por las razones que pasan a explicarse.

La situación de los hijos menores de la accionante, en nombre de los cuales ella también invoca el amparo de la tutela, resulta diferente confrontada ante la ley. Respecto de ellos opera una presunción de subordinación consagrada en el artículo 42 numeral 8° del decreto 2591 de 1991, presunción que hace procedente la tutela frente al particular demandado, que es su padre.

La violación de los derechos fundamentales a la educación y a tener una familia y no ser separado de ella, y al cuidado y al amor, aparece ostensible dentro del acervo probatorio allegado al expediente.

En efecto, los niños C Y B para el momento de la demanda no concurrían a ningún plantel educativo. Adicionalmente fueron separados de su madre, impidiéndoseles el trato con ella, ubicándolos en un municipio distante del de su residencia, todo ello sin que mediara ninguna decisión tomada acabo de común acuerdo por los dos padres o proferida por la jurisdicción de familia. Esto resulta claramente violatorio de los derechos fundamentales de estos niños.

Aunque existen medios de defensa judicial a través de los cuales puede la madre obtener la guarda de sus hijos o la regulación de un programa de visitas que les permita a los menores gozar del derecho a la familia que la Constitución expresamente les reconoce, así como del cuidado y del amor que sólo ella puede suministrarles por el simple hecho de ser su madre y que nuestra Carta Política expresamente erigió en la categoría de derechos fundamentales de los niños (Artículo 44), estima la Sala que el perjuicio irremediable que tal separación está produciendo, y que por las vías judiciales ordinarias podría prolongarse aún más, ameritan que la tutela sea concedida como mecanismo transitorio.

Sin lugar a ningún género de dudas, la separación forzada de un niño de su madre, es un daño irremediable no susceptible de reparación a través de ningún medio jurídico. ¿Cómo

reemplazar el tiempo perdido de convivencia en el amor materno? Consideraciones como la anterior hacen concluir a la Sala que efectivamente se está en presencia de un perjuicio irremediable que amerita conceder la tutela mientras se adelantan ante la jurisdicción de familia las acciones tendientes a la definición de la guarda de los hijos menores de la accionante.

En ocasión anterior, había sido definido por esta Corporación en los siguientes términos, el sentido y alcance del derecho fundamental de los niños a tener una familia :

“De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores.

“Así lo entendió el legislador desde la expedición del Código Civil en cuyo artículo 256 se dijo: “Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que él juzgare convenientes”.

...

“Considera la Corte que todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos. A juicio de esta Corporación, el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores así como el que crea entre ellos barreras y distancias -físicas o morales- obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune ante el Derecho.”Sentencia T-290 de 1993. M.P. Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

Por todo lo anterior, la Corte ordenará al padre entregar inmediatamente la guarda y custodia personal de los hijos a la madre, quien los tendrá provisionalmente bajo su cuidado,

hasta tanto la jurisdicción de familia resuelva de manera definitiva lo referente a estos aspectos y al régimen de visitas.

Esta decisión se toma teniendo en consideración la manera violenta y arbitraria del proceder del padre con respecto a sus hijos, debidamente probada en el expediente, así como el hecho de haber interrumpido sus estudios en plena vigencia del ciclo escolar y no haber provisto nada para subsanar esta situación.

Obviamente se le reconocerá al padre el derecho de visitar a sus hijos; la madre deberá permitir estas visitas, que se surtirán de conformidad con el régimen provisional que establezca el defensor de familia, mientras se promueve por la demandante un proceso judicial tendiente a determinar en forma definitiva lo concerniente a la custodia y cuidado de los hijos y a la regulación definitiva del régimen de visitas, crianza y educación de los menores. Esta intervención del defensor de familia se ordenará con fundamento en lo previsto por el artículo 277 del decreto extraordinario 2737 de 1989.

De igual manera se ordenará a la madre proveer lo necesario para que sus hijos puedan continuar el proceso de sus estudios.

Por último, en relación con los derechos fundamentales de A, no avisora la Sala una situación de vulneración. En efecto, el menor en cuestión no ha sido separado de su madre, ni desvinculado de su proceso educativo. Respecto de él no se da la misma situación de hecho que motiva a la Corte para tutelar los derechos de sus hermanos.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia del Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería, proferida el 22 de abril de 1996, en cuanto se refiere a la solicitud de tutela impetrada por la señora XX en nombre propio y en el de su hijo A

Segundo: REVOCAR la misma sentencia, en cuanto se refiere a la solicitud de tutela

impetrada por la misma señora en representación de sus hijos menores B Y C En consecuencia, CONCEDER, como mecanismo transitorio, la tutela solicitada por la actora en nombre de los referidos menores, para lo cual se ordena al padre entregar inmediatamente la guarda y custodia personal de los citados niños a su madre, quien los tendrá bajo su cuidado hasta que la jurisdicción de familia decida en definitiva sobre estos derechos y obligaciones. El desconocimiento de esta orden acarreará al demandado las sanciones previstas en el decreto 2591 de 1991.

Tercero: RECONOCER a YY, el derecho de visitar a sus hijos menores. Para estos efectos se ordena en el numeral sexto de la parte resolutive de esta sentencia, la regulación provisional de un régimen de visitas que se prolongará hasta cuando el juez de familia competente, adopte la decisión definitiva correspondiente.

Cuarto: Como consecuencia de lo anterior, la actora deberá iniciar dentro del término de cuatro (4) meses, contados a partir de la notificación de la presente sentencia, ante la jurisdicción de familia, el proceso de definición de la guarda y custodia de los menores y la regulación de visitas. Se advierte a la actora que si no instaura la demanda respectiva, en el plazo señalado, cesarán los efectos de esta tutela.

Quinto: ADVERTIR al demandado, YY, que deberá abstenerse de retener por la fuerza la custodia de sus hijos menores, limitándose, mientras se decide en forma definitiva sobre la guarda y cuidado de los mismos, a acudir a las visitas periódicas a sus hijos en la forma que determine el defensor de familia competente. En caso contrario, se le aplicarán las sanciones previstas en el decreto 2591 de 1991.

Sexto: SOLICITAR, en forma inmediata, la intervención del defensor de familia, para que determine la manera en que se llevarán a cabo las visitas aquí ordenadas, las cuales se deben iniciar en el menor tiempo posible. Para tal efecto, se enviará fotocopia íntegra del expediente al Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien informará a la Corte y al Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería, sobre el cumplimiento de las visitas que se ordenan.

Séptimo: ORDENAR a XX, matricular a sus hijos B Y C, en un plantel educativo en donde puedan continuar sus estudios.

Octavo: El Juzgado Primero Penal del Circuito de esta ciudad verificará el cumplimiento de esta sentencia.

Noveno: ORDENASE, en guarda del derecho a la intimidad de la familia relacionada con este proceso, que en toda publicación de la presente sentencia se omitan los nombres de los menores involucrados.

Décimo: Comunicar la presente sentencia al Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado Ponente

JORGE ARANGO MEJIA

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General