

ACCION DE TUTELA-Inexistencia de hecho superado

Observa la Sala que mediante la presente acción de tutela, el accionante pretendía que se ordenará al Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, abstenerse de ejecutar la orden de restitución proferida a través de la sentencia del 12 de junio de 2002. Sin embargo, esta Corporación pudo comprobar que el día 6 de noviembre del mismo año, se llevó a cabo la diligencia de restitución del bien inmueble arrendado, como se constata con la transcripción de dicha diligencia por parte del Inspector Segundo de Policía de la citada ciudad. Desde esta perspectiva, se pregunta la Corte: ¿Si ante la ocurrencia de dicho suceso es procedente negar la acción de tutela y decretar entonces la ocurrencia de un hecho superado? Más que pretender suspender la ejecución de la orden de restitución, lo que se persigue mediante la presente acción de amparo, es definir la posible existencia de una vía de hecho, por haberse omitido por parte del juez accionado el análisis de los argumentos destinados a proteger los derechos de los menores, a partir de la intervención que en su favor adelantó el Defensor de Familia.

LEGITIMACION POR ACTIVA/DEFENSOR DE FAMILIA-Puede interponer tutela en defensa de menores de edad

Se tiene que, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional, coinciden en señalar que el titular de la acción de tutela es la persona cuyos derechos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos definidos por la ley, pudiendo promover el amparo de sus derechos (i) en forma directa, (ii) por medio de un representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y los interdictos), (iii) a través de un apoderado judicial o (iv) por intermedio de un agente oficioso. Sin embargo, pese a la regla general citada, el ordenamiento constitucional igualmente les reconoce a los Defensores de Familia, o cualquier persona interesada, la capacidad procesal para intervenir en representación de los menores, con el propósito de asegurar el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, siempre y cuando en el escrito o petición de tutela conste la inminencia de la violación a los derechos del niño o la ausencia de representante legal. no existe duda acerca de la capacidad procesal del Defensor de Familia, para interponer la presente acción de tutela en defensa de los menores, tal y como

lo dispone expresamente el artículo 44 del Texto Superior, con el propósito de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vivienda digna y, en especial, a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social. La intervención del Defensor, a pesar de contar los menores con la representación legal de su señora madre, como consta en la Resolución proferida por el I.C.B.F mediante la cual se le asignó la custodia provisional, no impide la prosperidad del presente amparo, pues dadas las circunstancias fácticas de indefensión en que ellos se encuentran, es innegable que esta acción pretende impedir un daño inminente en los derechos fundamentales previamente mencionados, cuyo origen -en términos del demandante- radica en el desarrollo del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado por parte del Juez Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, al desatender este último su obligación constitucional de velar por la morada familiar, como expresión del carácter prevalente de los derechos de los niños.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR VIA DE HECHO-Procedencia excepcional

La Corte Constitucional de manera reiterada ha sostenido que la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, es excepcional, en razón de que este mecanismo es de carácter subsidiario y no tiene la virtud de reemplazar los procedimientos ordinarios, ni está concebido como medio alternativo, adicional o complementario de éstos. Por lo tanto, el propósito de la tutela se limita a la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando no existe otro medio ordinario de defensa, o cuando existiendo, esta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Elementos

Esta Corte ha sostenido que existe perjuicio irremediable cuando se estructuran cuatro elementos básicos, determinados por la Corte Constitucional en la sentencia T-225 de 1993; a saber: El perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable.

DERECHOS PREVALENTES DEL NIÑO-Capacidad de terceros para promover acciones, recursos o demandas

Según lo previsto en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, en armonía con los

tratados internacionales de protección a los derechos de los niños, le corresponde en principio a los padres de familia la obligación principal y directa de promover las acciones correspondientes para salvaguardar y amparar los derechos constitucionales y legales de sus hijos; reconociendo que, en todo caso, el legislador puede establecer excepciones a dicha regla general, permitiendo que otras personas acudan en su defensa, cuando considere oportuno ampliar dicho espectro de protección a favor de la intangibilidad y primacía de los derechos de los niños.

LEGITIMATIO AD PROCESSUM-Interés superior de los niños

Procederá esta Corporación a determinar bajo qué supuestos o reglas puede operar la legitimación procesal reconocida a la sociedad y al Estado, con miras a salvaguardar el interés superior de los niños, prevista en el artículo 44 del Texto Superior. En primer lugar, la sociedad representada por cualquier persona puede iniciar acciones de defensa de los derechos de los niños, sólo y en cuanto sea absolutamente indispensable para velar por su debida protección, (a) ya sea a título de agente oficioso cuando falten los padres como representantes legales; (b) o directamente (i) cuando se pretende ejercer acciones en su contra, o (ii) cuando éstos incumplan injustificadamente su deber de cuidado y protección, o (iii) cuando se trate de promover acciones constitucionales, que por su propia naturaleza, como lo ha reconocido esta Corporación, suponen una ampliación en las reglas de la legitimación, v.gr. en la acción de tutela. En segundo término, a diferencia de la sociedad, el Estado a través de sus entidades de protección a la niñez, no asume un rol exclusivamente alternativo en el cumplimiento del deber de salvaguarda a los derechos de los menores de edad, pues si bien se reconoce la vocación preferente de los padres para asumir la legitimatio ad processum de sus hijos no emancipados, existen diversas razones de raigambre constitucional que permiten legitimar su intervención directa.

REGLA DE INTERPRETACION PRO INFANTS

De igual manera, esta Corporación ha reconocido que conforme a la Carta Fundamental y a los tratados internacionales de protección a la infancia, los niños como sujetos constitucionales privilegiados de la sociedad, tienen una especial protección que se traduce en la regla de interpretación "pro infans", según la cual, es deber de las autoridades del Estado amparar a los menores de cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su

desarrollo armónico e integral, como manifestación del carácter corrector del Estado Social de Derecho. A juicio de esta Corporación, es innegable que el Estado, a través de sus entidades de protección a la niñez, tiene una obligación primigenia y directa en la defensa de los derechos constitucionales de los niños, cuya fuente se encuentra en los cánones normativos del Estado Social de Derecho, en el principio de solidaridad y en la regla constitucional de interpretación pro infans, que indiscutiblemente exigen la adopción de medidas y acciones que aseguren que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Lo anterior no significa que en todo proceso judicial en que puedan resultar comprometidos los derechos de los niños, las autoridades judiciales deban necesariamente citar a los funcionarios previstos para proteger sus derechos, y en especial, a los defensores de familia. Una interpretación sistemática del ordenamiento procesal permite concluir que tan sólo en casos excepcionales previstos en la ley, es obligación notificar la iniciación de dichos procesos a las citadas autoridades. En efecto, el Decreto 2279 de 1989 (art. 11) y el Código del Menor (art. 277-1), establecen precisas reglas en las cuales los derechos de los menores implican forzosamente la intervención de los defensores de familia.

LEGITIMATIO AD PROCESSUM-El artículo 44 de la CP la amplió para representar procesalmente los intereses de los menores

Es claro que la obligación constitucional impuesta a las autoridades del Estado encargadas de velar por la protección de la niñez, de acudir ante cualquier autoridad judicial o administrativa competente para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y, a su vez, solicitar la imposición de las sanciones que correspondan a sus infractores (C.P. art. 44), no implica modificar el ámbito de competencia funcional reconocida a cada autoridad, ni tampoco supone la imposición de nuevas exigencias en materia de legitimación por pasiva, según se ha visto. Lo que se pretende es reconocer que la Constitución Política, en el artículo 44, amplió la legitimatio ad processum para representar procesalmente los intereses de los menores de edad, en aras de hacer efectivas sus garantías constitucionales y legales, conforme a los tratados internacionales, al principio de solidaridad y a la regla constitucional de interpretación pro infans, que ordenan que en toda decisión que se adopte por las autoridades del Estado debe primar siempre la preservación del interés superior del niño.

LEGITIMATIO AD PROCESSUM-Reconocida por la CP a favor de las autoridades del Estado

constituidas para proteger los derechos de los niños/LEGITIMATIO AD PROCESSUM-Desconocimiento produce nulidad insubsanable del acto jurídico en que se manifiesta

El desconocimiento de la legitimatio ad processum prevista en el ordenamiento Superior, a favor de las autoridades del Estado constituidas para proteger los derechos de los niños (C.P. art. 44), produce como consecuencia la nulidad insubsanable del acto jurídico en que aquella se manifiesta, pues es claro que dicho comportamiento además de comprometer el valor normativo de la Constitución, constituye una flagrante vía de hecho al prescindirse de la aplicación de las reglas procesales previstas en la Constitución que en materia de capacidad procesal satisfacen la garantía fundamental del debido proceso.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO-Falta de pago de cánones por madre de menores que habitan el inmueble/RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO-Caso en que demandante es padre de los menores que lo habitan/CARGA DE LA PRUEBA EN RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO-Es únicamente exigible para el demandado/VIA DE HECHO POR DEFECTO PROCEDIMENTAL-Juez extendió a Defensor de Familia carga procesal

Es claro que en el adelantamiento del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, se incurrió -en términos de la jurisprudencia constitucional- en una nulidad insubsanable a partir de la providencia del 12 de junio de 2002, en la cual se omitió injustificadamente la intervención procesal del Defensor de Familia, en defensa de los derechos prevalentes de los niños. (ii) Por otra parte, la obligación del juez accionado de admitir y dar curso a la intervención del Defensor de Familia en defensa de los derechos fundamentales de los citados niños, resultaba aún más exigible teniendo en cuenta la existencia de un posible fraude a la ley, a partir de las posibles maniobras jurídicas realizadas con gran habilidad por el señor, en su condición de abogado titulado, para sustraerse al cumplimiento debido de su obligación alimentaria para con sus tres (3) hijos menores de edad. Ya la Corte en diversas oportunidades ha señalado que, en estos casos, debe el juez ordinario apelar a lo previsto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil, vinculando ex officio a los representantes legales de los menores de edad para que éstos ejerzan las acciones pertinentes en su defensa, o en su lugar, aplicar lo ordenado en el artículo 32 del Código Menor, informado al Defensor de Familia de la situación de abandono o peligro en que se encuentra el menor, para que sea éste quien adopte las medidas necesarias que aseguren su debida protección. El incumplimiento de cualquiera de las anteriores obligaciones, a juicio

de la Corte, es constitutiva de vía de hecho por defecto procedimental.

VIA DE HECHO EN PROCESO DE RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO-Juez omitió cumplir obligación de convocar a representantes legales o al Defensor de Familia

Se puede concluir que la omisión en el cumplimiento de la obligación que les asiste a las autoridades judiciales de convocar al proceso de restitución de inmueble arrendado a los representantes legales o al Defensor de Familia, es constitutiva de vía de hecho, cuando de los elementos de juicio que acompañan al proceso se vislumbra la posible configuración de un fraude a la ley o la existencia de un vicio que comprometa la validez del negocio jurídico que soporta la pretensión de restitución, y que por sus efectos puede llegar a comprometer las garantías mínimas de los niños, pues dicha circunstancia implica la existencia de una restricción excesiva de los derechos fundamentales de los citados menores de edad, como lo son los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción. En el caso sub-judice, es innegable que en el trámite del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, se incurrió en una flagrante violación al debido proceso, pues se desconoció el legítimo derecho que le asistía al Defensor de Familia, para velar por la protección de los derechos fundamentales de los niños, los cuales estaban siendo amenazados por la ejecución de un contrato de arrendamiento mediante el cual se configuraba un supuesto fraude a la ley, al tratar de burlar el cumplimiento de una obligación alimentaria frente a menores de edad.

PROCESO DE RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO-Procedencia de tutela para restablecimiento de derechos constitucionales de menores de edad

PROCESO DE RESTITUCION DE BIEN INMUEBLE ARRENDADO-Orden de protección dada por Juez de Tutela para protección de derechos de menores de edad

La Corte declarará sin ningún valor ni efecto la sentencia proferida el día 12 de junio de 2002 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, en el proceso abreviado de restitución de tenencia. En consecuencia el juez accionado deberá (i) en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, admitir la vinculación del Defensor de Familia, en calidad de representante de los menores, en los términos previstos en el artículo 44 Superior, con el propósito de permitir la defensa de sus derechos fundamentales a la vivienda digna y a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social; (ii) Continuar el trámite del proceso abreviado de restitución de tenencia hasta

proferir la decisión que corresponda, con el pleno respeto de las garantías constitucionales de los citados menores de edad.

Referencia: expediente T-644955

Peticionario: Daniel Páez Caicedo -Defensor de Familia-.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL.

Bogotá, D.C., trece (13) de mayo de dos mil cinco (2005).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Florencia, en relación con la acción tutelar impetrada por el señor Daniel Páez Caicedo, contra el Juzgado Segundo Civil Municipal de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud.

El señor Daniel Páez Caicedo, actuando en condición de Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y en representación de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa¹; interpuso acción de tutela, el día 26 de junio de 2002, con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de sus representados a la vivienda digna y, en especial, a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social.

Lo anterior, como consecuencia de la actuación adelantada por el Juzgado Segundo Civil

Municipal de Florencia, quien a través de un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado (C.P.C. artículo 408), ordenó mediante sentencia del 12 de junio de 2002, la desocupación y entrega del bien inmueble que ellos habitaban, con fundamento en el supuesto incumplimiento de un contrato de arrendamiento suscrito entre los señores Ana Elizabeth Gamboa y Raúl Ortiz Fajardo, este último demandante en el proceso abreviado.

Es pertinente destacar que los citados señores, detentan la condición de padres de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, sujetos principales de la presente acción de amparo constitucional.

2. Hechos relevantes.

2.1. A partir de las declaraciones de las partes, se pudo constatar que los señores Ana Elizabeth Gamboa y Raúl Ortiz Fajardo, convivieron -más o menos- por un espacio ininterrumpido de 17 años.

Hasta el momento de interposición de la presente acción no existía reconocimiento alguno sobre la posible conformación de una sociedad patrimonial. Para el efecto, se encuentra en el expediente de tutela una certificación del Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia -Caquetá-, conforme a la cual, en la actualidad, se está adelantado en la citada dependencia judicial un proceso con dicho propósito².

2.2. De dicha unión se procrearon 4 hijos, de los cuales falleció uno a finales del año 2000. La citada circunstancia, según parece, condujo al quebrantamiento del vínculo familiar.

2.3. A mediados del año 2001, los problemas de convivencia entre los señores Ana Elizabeth Gamboa y Raúl Ortiz Fajardo, se profundizaron. Surgen críticas respecto del comportamiento del señor Ortiz Fajardo, en concreto declaraciones de alcoholismo, celos injustificados y maltrato infantil; y en relación con la señora Ana Elizabeth Gamboa, incumplimiento a sus deberes y obligaciones de compañera permanente y, además, desautorización constante del padre frente a la educación mancomunada de sus hijos, todas diferencias irreconciliables que llevaron a finales de diciembre de 2001, a poner fin a su convivencia.

2.4. En los días siguientes a dicha decisión, se acordó que la señora Ana Elizabeth Gamboa asumiría la custodia y tenencia de los menores. En el expediente de tutela aparece copia de

una Resolución proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante la cual se le asignó provisionalmente la custodia³.

2.5. Coetáneamente con los citados hechos, el día 14 de diciembre de 2001, los señores Ana Elizabeth Gamboa y Raúl Ortiz Fajardo, suscribieron un contrato de arrendamiento sobre el inmueble que hasta ese momento habitaban en comunidad, es decir, tanto la pareja como sus tres hijos.

Según el citado documento, el objeto del contrato consistía en la entrega a título de tenencia de un apartamento ubicado en el segundo piso de una casa de mayor extensión construida en la ciudad de Florencia. La entrega la realizaba el supuesto dueño del inmueble, es decir, el señor Raúl Ortiz Fajardo, a favor de su arrendataria, o sea, la señora Ana Elizabeth Gamboa.

Es preciso aclarar que el bien inmueble se encuentra a nombre del citado señor Ortiz Fajardo, pues no existe pronunciamiento alguno sobre su posible afectación a una sociedad patrimonial (Ley 54 de 1990).

De conformidad con el citado contrato, la arrendataria asumía la obligación de pagar la suma de \$ 400.000.00 dentro de los cinco primeros días de cada mes, como contraprestación por la tenencia y disfrute del bien.

Por consiguiente, la señora Ana Elizabeth Gamboa y sus tres hijos continuarían viviendo en el mismo apartamento que compartieron junto con el señor Ortiz Fajardo (padre y compañero permanente), pero ahora tenían que cancelar una suma a título de arrendamiento, cuando previamente detentaban su goce y disfrute, sin reconocer prestación alguna, durante aproximadamente 9 años.

2.6. Adicionalmente, en el primer piso de la casa de mayor extensión funcionaba un establecimiento de comercio destinado al alquiler de películas y compraventa de otros bienes, frente al cual - dice - la señora Ana Elizabeth Gamboa también suscribió un contrato de arrendamiento con el señor Raúl Ortiz Fajardo, cuyo canon se fijó en la suma de \$ 450.000.00.

Sin embargo, es pertinente aclarar que no aparece copia alguna sobre su existencia, más allá

de la Certificación de la Cámara de Comercio de Florencia, sobre el objeto de la empresa, la existencia de dicho establecimiento y su titularidad, esta última radicada en cabeza de la señora Ana Elizabeth Gamboa⁴. El citado establecimiento de comercio se denominó: “Video Oro Verde”

2.7. Con todo, según copia del despacho comisorio número 142 del Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia, aparece una orden de embargo y secuestro sobre los bienes muebles del citado establecimiento de Comercio, el cual fue objeto de traslado por la señora Ana Elizabeth Gamboa del primer piso de la Carrera 13 No. 13-35 a la Carrera 14 No. 14-60 de la ciudad de Florencia. Lo anterior significa que el establecimiento de comercio se trasladó del inmueble cuya titularidad corresponde en principio al señor Ortiz Fajardo hacia un nuevo local comercial.

Ahora bien, consta en el despacho comisorio reseñado, que la orden cautelar tuvo su origen en un proceso ejecutivo que adelanta el señor Raúl Ortiz Fajardo mediante apoderado judicial contra la señora Ana Elizabeth Gamboa, cuya única fuente jurídica podría consistir en las deudas por los cánones de arrendamientos acordados entre las partes. Determina, al respecto, el citado despacho comisorio:

“Que dentro del proceso ejecutivo de RAÚL ORTIZ FAJARDO APOD. DR. LUIS ALBERTO CASTRO contra ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS, se ha dictado un auto que en su parte pertinente dice:

‘JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL, Florencia Caquetá, quince de octubre del año dos mil dos....DECRETA...1. El embargo y secuestro de los bienes muebles tales como equipos de sonido, televisores a color, grabadoras y demás bienes muebles tales como mercancías en general que sean susceptibles de embargo y que la parte actora señale al momento de llevarse a cabo la diligencia de secuestro, bienes denunciados como de propiedad y en posesión de la demandada ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS y que se encuentran ubicados en la carrera 14 No. 14-60 del barrio el centro de esta ciudad y/o en la dirección que la parte actora señale al momento de llevarse a cabo la diligencia de secuestro. (...) La cuantía del presente proceso es de \$7.266.000.00 para que el señor Inspector se sirva limitarla de conformidad a lo indicado en el artículo 513, incisos 8 y 9 del Código de Procedimiento Civil (...)’⁵.

2.8. Ante el supuesto incumplimiento de la señora Ana Elizabeth Gamboa en el pago del canon de arrendamiento de 3 meses (enero, febrero y marzo de 2002); el señor Ortiz Fajardo promovió un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado contra la citada señora, el cual correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia.

2.9. El Defensor de Familia del centro Zonal Caquetá 1° del ICBF, actuando en interés de la institución familiar y de los menores, intervino dentro del término de traslado del citado proceso, solicitando se protegiera el derecho a la vivienda de los niños Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa y, en especial, el derecho a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social (C.P. artículo 44), ya que ellos habitaban en el inmueble objeto de proceso.

La demandada, señora Ana Elizabeth Gamboa, guardó silencio durante el término de traslado.

2.10. Sin embargo, el juez de instancia no tuvo en cuenta lo alegado por el Defensor de Familia, argumentando que ante la falta de pago de los cánones de arrendamiento y ante la ausencia de una garantía que acredite su cancelación, no era viable oír a la demandada en el proceso, y por lo tanto, tampoco al Defensor de Familia, con fundamento en lo previsto en el numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil. Textualmente, afirmó que:

“Sería el caso escuchar lo planteado por el Defensor de Familia del Centro Zonal Caquetá, pero en el caso que nos ocupa, se tiene como premisa importante a lo expuesto en el libelo demandatario, el actor se refiere a la falta de pago, como causal de restitución del inmueble arrendado, motivo por el cual al no haberse cancelado los cánones de arrendamiento adeudados la demandada no será oída en el proceso, tal como lo dispone el artículo 424 párrafo 2. Nral. 2 del C. de Pr. Civil”.⁶

2.11. Como excepciones a la pretensión de restitución del bien inmueble arrendado, el Defensor de Familia argumentó las siguientes: (i) Que la pretendida orden de lanzamiento conducía a la violación de los derechos de los niños, los cuales son principalísimos y superiores a cualquier otra norma o institución jurídica (C.P. art. 44); (ii) Que el contrato de arrendamiento se suscribió a través de “fuerza” como vicio del consentimiento (C.C. art. 1502); (iii) Que existía pleito pendiente en relación con el ingreso del bien objeto de

restitución a una posible sociedad patrimonial (C.P.C. art. 170); y finalmente, (iv) Que resultaba aplicable la exceptio non adimpleti contractus por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias del señor Ortiz frente a sus 3 menores hijos (C.C. art. 1609).

2.12. Así las cosas, a partir de la aplicación del numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia mediante sentencia del 12 de junio de 2002, accedió a las pretensiones de la demanda, no tuvo en cuenta las excepciones propuestas por el Defensor de Familia, y ordenó “la desocupación y entrega al demandante RAUL ORTIZ FAJADOR, del bien inmueble” requerido.

2.13. Dicha orden de entrega se hizo efectiva a través del lanzamiento realizado por la Inspección Segunda Municipal de Policía de Florencia, el día 6 de noviembre de 2002, retirando a los niños de la citada vivienda.

3. Fundamentos de la acción.

3.1. De acuerdo con el accionante, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia, desconoció los derechos de los menores pues no acató el carácter principalísimo y de orden público que tienen las normas de protección infantil sobre el resto del ordenamiento jurídico.

3.2. Manifiesta que el objetivo de las normas de orden público consiste en prevenir situaciones irregulares, como la que se presenta en el caso sub-judice, en la cual un padre teniendo una clara y expresa obligación alimentaria para con sus hijos, logra evadirla confundiendo a las autoridades judiciales con la reclamación de una deuda de naturaleza contractual.

3.3. Adicionalmente, el Defensor de Familia expone que mediante la práctica de la diligencia de lanzamiento, se despoja a los niños de su legítimo derecho a convivir o habitar en su hogar y, por ende, se los somete a condiciones de abandono.

3.4. Seguidamente, citando el artículo 20 del Código del Menor, sostiene que tanto las personas públicas como privadas, siempre deberán, sobre toda otra consideración, tomar como patrón de comportamiento la necesidad de preservar el interés superior del menor.

3.5. Finalmente, concluye que: “Actualmente el señor RAUL ORTIZ FAJARDO tiene una

obligación de suministrar alimentos, que comprende la vivienda y demás, que no quiere aportar a favor de los menores, valiéndose de una sentencia, atentatoria y violatoria de los derechos de igualdad y humanos”7.

4. Pretensión y oposición.

En el escrito de tutela, la parte demandante solicita la protección de los derechos de los menores a la vivienda y, en especial, a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social. Para lo cual, pretende que se ordene la inejecución de la sentencia No. 0092 del 12 de junio de 2002 proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia, permitiendo que los menores continúen con la ocupación del bien inmueble ubicado en el segundo piso de la carrera 13 No. 13-35 de la citada ciudad.

El juez de instancia mediante auto del 27 de junio de 2002, procedió a notificar la presente demanda de tutela a los señores Raúl Ortiz Fajardo y Daniel Páez Caicedo (Defensor de Familia), a la señora Ana Elizabeth Gamboa y a sus tres menores hijos y al Juez Segundo Civil Municipal de Florencia. Todos en atención a su marcado interés en la citada cuestión litigiosa. Sin embargo, durante el término legal no se presentó contestación alguna ni en relación con los hechos, ni en torno a las pretensiones.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. Primera instancia.

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Florencia, mediante sentencia proferida el diez (10) de julio de 2002, tuteló transitoriamente los derechos fundamentales de los menores reseñados, con base en las siguientes consideraciones:

* De la lectura del expediente y de las pruebas obrantes en el proceso, el Juez de instancia estima que la legitimación del Defensor de Familia, se encuentra acreditada conforme a lo previsto en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, razón por la cual se entiende que puede demandar la protección de los derechos fundamentales de los menores.

* El Juzgado accionado es una autoridad judicial y como tal sujeto pasivo de la acción ejercida. Sin embargo, tratándose de providencias judiciales la acción de tutela es de alcance restringido, pues es indispensable probar la existencia de una vía de hecho.

* En el caso sub-examine, el juez de instancia sostiene que si bien es cierto que el Juez Civil Municipal de Florencia es el competente para conocer del pleito en cuanto a la restitución del inmueble, también es verdad que el Juzgador no tenía los elementos fácticos necesarios para proferir la sentencia impugnada, pues para esto se exige, entre otras, el decreto y la práctica de pruebas de oficio (C.P.C. art. 424). La falta de aproximación de la autoridad judicial a la verdad real, más aún tratándose de menores de edad que requieren protección especial, hacen procedente el amparo tutelar.

* Por lo anteriormente expuesto, el juez de instancia concluye que se incurrió en una vía de hecho, pues la decisión adoptada implica la vulneración de los derechos fundamentales de los menores a la vida digna, al cuidado y a la obligación de protección contra el abandono y la violencia moral.

* Como ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia, se estaba tramitando en dicho momento un proceso de alimentos, consideró que el amparo transitorio debía mantenerse hasta tanto la citada autoridad judicial resolviera las acciones que se promovieran en protección de los menores, tanto por su progenitora o por el Defensor de Familia.

* Así las cosas, el juez de instancia procede a: “Tutelar en forma transitoria los derechos a la vida en condiciones dignas de los menores: Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, en consecuencia ordena: Al Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia para que suspenda la ejecución de la sentencia 0092 del 12 de junio de 2002 en el proceso

abreviado de restitución de inmueble arrendado de Raúl Ortiz Fajardo contra Ana Elizabeth Gamboa Vargas, hasta cuando el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia resuelva las acciones que se interpongan para la protección de los derechos de los nombrados menores, término que no podrá superar los cuatro meses contados a partir de la fecha de esta decisión”.

2. Impugnación.

El fallo de primera instancia fue impugnado por el señor Raúl Ortiz Fajardo, (padre de los menores), quien argumenta lo siguiente:

* Inicialmente, considera que no existe ninguna violación al debido proceso cuando el juez ordinario dentro del proceso abreviado opta por no oír a la parte demandada en dicho proceso, pues se trata de un mandato claro y expreso de ley, derivado de la falta de consignación de los cánones adeudados.

* En cuanto al punto que se refiere a que los menores les asiste el derecho fundamental a la vivienda, aduce que en ningún momento se desconoció ni si está desconociendo dicho derecho. A su modo de ver, la citada garantía constitucional fue objeto de protección al haberse acordado una suma de alimentos en audiencia de conciliación ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia, el día 23 de mayo de 2002. Por lo tanto, una vez acordado el monto de la obligación alimentaria, en donde se encuentra comprendida la salvaguarda de la vivienda, no existe razón alguna para que se reclame un derecho previamente reconocido en la mencionada diligencia.

* Adicionalmente, expresa que conceder un término para que se interpongan las acciones necesarias destinadas a la supuesta protección de los menores ante los Jueces de Familia, conduce a la usurpación de funciones y potestades de los jueces ordinarios, pues el Juez de tutela no puede invitar al de familia a que resuelva lo ya decidido, como es lo correspondiente a la determinación de una cuota alimentaria previamente establecida en acta de conciliación.

* Aclara que la parte demandada tuvo la oportunidad de contestar u oponerse a las pretensiones en el proceso de restitución, término que dejó vencer en silencio, y que, por lo tanto, ante la incuria de la accionada no puede otorgársele legitimación al Defensor de Familia para intervenir en este tipo de procesos. Adicionalmente, la improcedencia de la acción de tutela se comprueba a partir de la falta de ejercicio de los recursos legalmente concedidos contra la sentencia recurrida, antes de acudir a la acción de amparo constitucional.

* Por lo anteriormente expuesto, el señor Ortiz Fajardo solicita se revoque la sentencia de tutela.

3. Segunda instancia.

La Sala Civil, Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Caquetá, mediante sentencia proferida el quince (15) de agosto de 2002, decidió revocar el fallo con base en las siguientes consideraciones:

* Estima la Sala que se encuentra debidamente acreditado que entre los padres se acordó una cuota alimentaria, dentro de la cual se incluye lo concerniente a la habitación de los menores.

* Considera que en ningún momento se atacó la decisión de restitución por la configuración de una vía de hecho, pues lo que se pretende es el amparo del derecho a la vivienda de los menores, el cual carece de una connotación fundamental.

* Enseguida sostiene que en el trámite del proceso de restitución del inmueble arrendado, se cumplieron a cabalidad los pasos inherentes a dicha ritualidad procesal; y que, además,

frente a la providencia que resolvió dicho conflicto, no se interpusieron los recursos pertinentes por ley. En este contexto, estima que dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, el amparo resulta improcedente pues la accionante dejó vencer los recursos judiciales ordinarios que estaban a su alcance para confrontar la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales.

* A partir de lo expuesto, concluye que: “como se menciona en antecedencia, el padre de los menores y demandante dentro del proceso de restitución del inmueble arrendado, está cancelando la cuota alimentaria que acordó con la madre de los mismos, cuota esta que comprende su habitación, y siendo compartida la obligación de los padres para con los hijos, la acción está llamada al fracaso, pues ha sido reiterada la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional que el derecho a la vivienda digna no es fundamental y por consiguiente no es objeto de acción de tutela”.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Competencia.

1. A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Derechos constitucionales invocados.

2. El peticionario solicita la protección de los derechos fundamentales de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa a la vivienda digna y, en especial, a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social.

Inexistencia de hecho superado.

3. Esta Corporación ha señalado reiteradamente que la acción de tutela tiene como objetivo la protección inmediata y actual de los derechos fundamentales (C.P. art. 86). No obstante, cuando la situación de hecho que fundamenta la presunta amenaza o vulneración del

derecho invocado desaparece o se encuentra superada, la acción de tutela pierde su razón de ser como mecanismo preferente, sumario e inmediato de protección judicial, toda vez que la decisión que adopte el juez en el caso concreto, resultaría inocua, y a todas luces ajena al objetivo de protección previsto en la Carta Fundamental.

A este respecto, la Corte ha señalado que:

“...La acción de tutela ha sido concebida, como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos que determine la ley. Así las cosas, la efectividad de la acción, reside en la posibilidad de que el juez si observa que en realidad existe la vulneración o la amenaza alegada por quien solicita protección, imparta una orden encaminada a la defensa actual y cierta del derecho en disputa....

...Sin embargo, si la situación de hecho que genera la violación o la amenaza ya ha sido superada, el instrumento constitucional de defensa pierde su razón de ser...”⁸.

Observa la Sala que mediante la presente acción de tutela, el accionante pretendía que se ordenará al Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, abstenerse de ejecutar la orden de restitución proferida a través de la sentencia del 12 de junio de 2002. Sin embargo, esta Corporación pudo comprobar que el día 6 de noviembre del mismo año, se llevó a cabo la diligencia de restitución del bien inmueble arrendado, como se constata con la transcripción de dicha diligencia por parte del Inspector Segundo de Policía de la citada ciudad⁹. Desde esta perspectiva, se pregunta la Corte: ¿Si ante la ocurrencia de dicho suceso es procedente negar la acción de tutela y decretar entonces la ocurrencia de un hecho superado?

Esta Corporación en sentencia T-974 de 2003¹⁰, recogiendo jurisprudencia expuesta desde el año 2000¹¹, concluyó que debe negarse la acción de tutela por la ocurrencia de un hecho superado, siempre y cuando con dicha declaratoria se satisfaga la aspiración primordial, la pretensión o el debate jurídico propuesto por el accionante, circunstancia que resulta comprobable a partir de la inoperancia de la posible orden que llegase a impartir el juez de tutela. Así las cosas, si el debate jurídico propuesto por el demandante, no ha desaparecido y la orden del juez de tutela puede satisfacer dicha pretensión, es procedente estudiar de

fondo la acción y, además, emitir un pronunciamiento favorable o desfavorable a la solicitud impetrada.

En el presente caso, lejos de pretenderse exclusivamente por parte del Defensor de Familia la protección de los derechos fundamentales de los menores Ortiz Gamboa a la vivienda digna y al desarrollo de un nivel adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social, como lo afirma el juez de segunda instancia; lo que se encuentra es una acusación dirigida a controvertir la legalidad de la sentencia proferida por el Juez Segundo Civil Municipal de Florencia, quien desconociendo, en opinión del demandante, el carácter prevalente de los derechos de los niños, ordenó la restitución del inmueble en donde habitaban y los puso, a partir de las pretensiones dolosas del padre, en una situación de abandono.

En este contexto, más que pretender suspender la ejecución de la orden de restitución, lo que se persigue mediante la presente acción de amparo, es definir la posible existencia de una vía de hecho, por haberse omitido por parte del juez accionado el análisis de los argumentos destinados a proteger los derechos de los menores, a partir de la intervención que en su favor adelantó el Defensor de Familia.

Por consiguiente, en caso de encontrar la Corte que el juez ordinario incurrió en una vía de hecho, y de constituir dicha irregularidad una nulidad insubsanable, es evidente que la orden del juez de tutela podría llegar a afectar las decisiones que se adoptaron a partir de la ocurrencia de dicho vicio y, en esa medida, retrotraer las cosas a un estado anterior. Desde esta perspectiva, es claro que el debate jurídico propuesto por el demandante no ha desaparecido y que la orden del juez de tutela todavía podría satisfacer la pretensión invocada.

Problemas jurídicos.

4. De acuerdo con la situación fáctica planteada y las decisiones adoptadas en sede de tutela, en esta oportunidad le corresponde a la Corte resolver los siguientes problemas jurídicos:

* Si el Defensor de Familia se encuentra legitimado por activa para interponer la acción de

tutela en nombre y representación de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa.

* Si el Juez Segundo Civil Municipal de Florencia, al no tener en cuenta los argumentos esgrimidos por el Defensor de Familia para defender los derechos de los citados menores, incurrió en una vía de hecho.

* En caso de encontrar que la citada decisión es constitutiva de vía de hecho, qué decisión puede adoptarse por parte del juez de tutela, para amparar los derechos fundamentales de los menores.

Legitimación activa.

5. Interpretando el alcance de los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que son titulares de la acción de tutela las personas cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados o amenazados, por lo que son éstas quienes se encuentran habilitadas para solicitar el amparo constitucional en forma directa o por intermedio de sus representantes o apoderados¹². También, en el caso de que los titulares de los derechos violados no estén en condiciones de promover su propia defensa, la ley autoriza la agencia oficiosa de derechos ajenos, debiendo el agente manifestar dicha circunstancia ante la autoridad judicial que tiene a su cargo el conocimiento de la acción¹³.

Bajo este entendido, se tiene que, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia constitucional, coinciden en señalar que el titular de la acción de tutela es la persona cuyos derechos han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos definidos por la ley, pudiendo promover el amparo de sus derechos (i) en forma directa, (ii) por medio de un representante legal (caso de los menores de edad, los incapaces absolutos y los interdictos), (iii) a través de un apoderado judicial o (iv) por intermedio de un agente oficioso¹⁴.

6. Sin embargo, pese a la regla general anteriormente citada, el ordenamiento constitucional

igualmente les reconoce a los Defensores de Familia, o cualquier persona interesada, la capacidad procesal para intervenir en representación de los menores, con el propósito de asegurar el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales, siempre y cuando en el escrito o petición de tutela conste la inminencia de la violación a los derechos del niño o la ausencia de representante legal¹⁵. Así lo ha reconocido esta Corporación, a partir de la interpretación del artículo 44 del Texto Superior, conforme al cual: “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”¹⁶.

7. En diversas oportunidades, esta Corporación ha admitido que cualquier persona tiene legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y para solicitar, a su vez, la imposición de las sanciones correspondientes, bajo la única carga de demostrar la inminencia de la violación a los derechos invocados, o la ausencia del representante legal. En este orden de ideas, la citada doctrina constitucional ha sido resumida en los siguientes términos:

“A juicio de la Corte, el artículo 44 de la Carta no tiene el alcance que el actor pretende darle. Ni la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, ni la facultad de exigir a la autoridad competente el cumplimiento de la obligación de asistirlo y protegerlo, tornan innecesaria la condición que la ley impone para agenciar derechos ajenos. El requisito de manifestar en la petición los motivos que imposibilitan al titular promover la defensa de sus derechos, pretende cerrarle el paso a actuaciones inconsultas o injustificadas en nombre de otro, y, en sí mismo, no representa una carga irracional o desproporcionada que impida al interesado interponer la correspondiente acción de tutela. La ausencia de los representantes legales del menor, o la inminencia del daño a sus derechos fundamentales, son circunstancias, entre otras, cuya mención en el escrito de tutela bastaría para habilitar el agenciamiento de sus derechos”.¹⁷

Así las cosas, a manera de ejemplo, en sentencia T-143 de 1999¹⁸, la Corte le reconoció capacidad procesal a una madre de familia que interpuso una acción de tutela a favor de su hija y de algunas compañeras de estudio, quienes fueron expulsadas del colegio, por haber incurrido en el hurto de varios bienes de un establecimiento de comercio dentro de la jornada escolar pero por fuera de las instalaciones de clase, sin garantizarles el desarrollo de un

proceso sancionatorio acorde con la garantía del derecho fundamental al debido proceso. En dicha oportunidad, la Corte manifestó:

“El alcance general del artículo 44 de la Carta Política y la legitimación activa.

En ambas instancias, los falladores consideraron que la actora estaba legitimada para solicitar la tutela judicial de los derechos fundamentales de su hija, pero no para actuar en representación de las otras estudiantes; estimaron las Salas de Decisión del Tribunal Superior de Bucaramanga y de la Corte Suprema de Justicia que, como los padres de las demás menores no le otorgaron poder a la accionante para que las representara, ni ella cumplió con el requisito que el Decreto 2591 de 1991 exige al agente oficioso -explicar porqué la persona a cuyo nombre actúa no puede acudir en defensa de sus propios derechos-, debía negársele personería para actuar en su nombre.

Tales razones no pueden ser aceptadas por esta Sala de Revisión, pues el artículo 44 de la Carta Política expresamente consagra lo contrario: toda persona puede exigir respeto por los derechos de los niños -no sólo de los que son sus hijos-, y también la sanción de quien los vulnere¹⁹. Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática y reiterativa; por ejemplo, en la Sentencia C-041/9520, manifestó:

“La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás,

la Constitución define directamente su prevalencia” (subraya fuera del texto).

Con posterioridad, en sentencia T-963 de 200121, al fallar una acción de amparo dirigida contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, cuya pretensión principal consistía en lograr el acatamiento de la función de registro en el Municipio de Sucre -Cauca-, que había sido ilegalmente suspendida a partir del mes de diciembre de 2000, afectando el ejercicio del derecho al nombre de todos los niños nacidos en la citada entidad territorial; esta Corporación tuvo la ocasión de reiterar la doctrina constitucional acerca de la procedencia de la acción de tutela interpuesta por cualquier persona a favor de la protección de los derechos de los niños. Precisamente, en dicha oportunidad se sostuvo que:

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia”.

Finalmente, en providencia T-864 de 200222, al resolver una acción de tutela instaurada por un padre de familia, en su condición de Presidente de la Asociación de Padres de una institución escolar, quien consideraba que la falta de terminación de una obra contratada entre la Secretaría de Educación Municipal de Cali y el Ingeniero Manuel Spir Sandoval, ponía en serio riesgo el derecho a la vida de los menores, pues los muros inconclusos se estaban derrumbando; le permitió, nuevamente, a esta Corporación reiterar la jurisprudencia acerca de la legitimidad procesal de cualquier tercero para interponer la acción de tutela en interés

de los derechos de los niños. Al respecto, la Corte consideró:

“Tercera. La procedencia de la acción de tutela.

3.1. Con fundamento en la jurisprudencia de esta Corporación (sentencias T-462 de 1993, T-143 y T-715 de 1999, T-963 de 2001 y T-881 de 2001, entre otras) lo primero que aclara esta Sala es que, en el presente caso, no existe falta de legitimidad del actor para instaurar la acción de tutela de la referencia, por cuanto el artículo 44 de la Constitución Política al consagrar los derechos de los niños, señala expresamente que “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”. Es decir, la norma constitucional, otorga la protección necesaria para que los menores puedan obtener un desarrollo armónico e integral y asegura el cumplimiento de estos derechos, sin mas requisitos que el actuar ante la autoridad competente para impedir su vulneración.

Al respecto, la Corte manifestó:

“A diferencia de lo afirmado por el Tribunal de tutela, esta Corte considera que cualquier persona puede interponer acción de tutela ante la eventualidad de una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del niño. La interpretación literal del último inciso del artículo 44 de la Carta, que permite a cualquier persona exigirle a la autoridad competente el cumplimiento de su obligación de asistir y proteger al niño, no puede dar lugar a restringir la intervención de terceros solamente a un mecanismo específico de protección de los derechos, vgr. la acción de cumplimiento consagrada en el artículo 87 de la Constitución. Este entendimiento de la norma limitaría los medios jurídicos instituidos para la defensa de los derechos del menor, quien por su frágil condición debe recibir una protección especial”. (Sentencia T-462 de 1993)

Por lo tanto, la prevalencia de los derechos de los niños consagrada constitucionalmente sobre los derechos de los demás, exige de todos los jueces de la República y autoridades encargadas de defenderlos su especial protección, y ello significa que antes de cualquier requisito formal, cuando está de por medio la vida e integridad de los menores, debe buscarse la manera de protegerla”.

8. En este orden de ideas, a juicio de esta Corporación, no existe duda acerca de la capacidad procesal del Defensor de Familia, para interponer la presente acción de tutela en

defensa de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa²³, tal y como lo dispone expresamente el artículo 44 del Texto Superior, con el propósito de salvaguardar sus derechos fundamentales a la vivienda digna y, en especial, a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social.

La intervención del citado Defensor, a pesar de contar los menores con la representación legal de su señora madre, como consta en la Resolución proferida por el I.C.B.F mediante la cual se le asignó la custodia provisional²⁴, no impide la prosperidad del presente amparo, pues dadas las circunstancias fácticas de indefensión en que ellos se encuentran, es innegable que esta acción pretende impedir un daño inminente en los derechos fundamentales previamente mencionados, cuyo origen -en términos del demandante- radica en el desarrollo del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado por parte del Juez Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, al desatender este último su obligación constitucional de velar por la morada familiar, como expresión del carácter prevalente de los derechos de los niños.

9. Con fundamento en lo anterior, esta Corporación procederá a verificar el cumplimiento del resto de los requisitos de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, y de encontrarse ellos debidamente acreditados, continuará con el análisis de fondo de los problemas jurídicos previamente expuestos²⁵.

Legitimación pasiva.

10. La presente acción se interpuso en contra de la decisión del Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, quien a través de un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado (C.P.C. artículo 408), ordenó mediante sentencia del 12 de junio de 2002, la desocupación y entrega del bien inmueble que habitaban los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, con fundamento en el supuesto incumplimiento de un contrato de arrendamiento suscrito entre sus padres; proceso que, en términos del Defensor de Familia, además de desconocer la primacía de los derechos de los niños, incurrió en una flagrante vía de hecho al ignorar, entre otros, (i) la existencia de un pleito pendiente; (ii) la suscripción del contrato a través de fuerza como vicio del consentimiento y; (iii) la aplicación de la exceptio non adimpleti contractus dado el incumplimiento de las obligaciones alimentarias del señor Raúl Ortiz Fajardo. Obsérvese

cómo al tratarse de una entidad pública, es procedente acceder al amparo constitucional por vía de tutela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 en armonía con el artículo 86 del Texto Superior.

11. Visto el cumplimiento de las condiciones y requisitos de procedibilidad de la acción de amparo constitucional, procederá esta Sala a analizar el asunto sometido a revisión. Para el efecto, esta Corporación se detendrá en el estudio de las condiciones generales de procedencia de la acción de tutela, cuando la misma se invoca contra una decisión judicial supuestamente incurrida en vía de hecho y, con posterioridad, adelantará un breve estudio acerca de la capacidad de los terceros para promover acciones, recursos, demandas y cualesquiera otra actuación de tipo procesal en defensa de los derechos de los niños, con fundamento en lo previsto en el artículo 44 del Texto Superior.

Reiteración de jurisprudencia en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela por vías de hecho.

12. A partir de la Sentencia C-592 de 1993, la jurisprudencia constitucional ha admitido reiteradamente la procedencia excepcional de la acción de tutela contra decisiones judiciales incurridas en vías de hecho. Concretamente, esta Corporación ha dicho:

“(...) La acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para controvertir las providencias judiciales, en particular las que han hecho tránsito a cosa juzgada, salvo que las mismas sean el resultado de una actuación arbitraria e ilegítima de la autoridad judicial, contraria al orden jurídico preestablecido y violatoria de las garantías constitucionales y legales que integran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia(...)”²⁶.

Así mismo, la Corte Constitucional de manera reiterada ha sostenido que la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, es excepcional, en razón de que este mecanismo es de carácter subsidiario y no tiene la virtud de reemplazar los procedimientos ordinarios, ni está concebido como medio alternativo, adicional o complementario de éstos. Por lo tanto, el propósito de la tutela se limita a la protección efectiva de los derechos fundamentales cuando no existe otro medio ordinario de defensa, o cuando existiendo, esta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este sentido, la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales según el criterio de este Tribunal, se sujeta a la comprobación de dos condiciones: “la violación de un derecho fundamental y la identificación plena de la existencia de alguno de los eventos que constituyen causales de procedibilidad en materia de acción de tutela contra providencias judiciales”²⁷.

13. Bajo esta perspectiva, la jurisprudencia constitucional ha identificado cuatro defectos que pueden dar lugar a la existencia de una vía de hecho, a saber: Orgánico, sustantivo, fáctico o procedimental. Sobre cada uno de ellos la Corte ha expuesto que:

“(…) a considerado que se presenta un defecto orgánico cuando la autoridad que tiene a su cargo la dirección del proceso y profiere la decisión de fondo, no es en realidad su juez natural. Así mismo, el defecto sustantivo se configura en los casos en que la decisión judicial es dictada con fundamento en una norma claramente inaplicable al caso concreto, ya sea porque perdió vigencia, porque su utilización puede generar una inconstitucionalidad sobreviniente o, porque su contenido no guarda relación de conexidad material con los presupuestos de hecho a los cuales se ha aplicado. Por su parte, el defecto fáctico tiene lugar cuando las pruebas que han sido aportadas al proceso resultan inadecuadas para tomar la decisión, ya sea por ineptitud jurídica o por simple insuficiencia material. Finalmente, el defecto procedimental se origina en una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo (…)”²⁸.

Finalmente, esta Corte ha sostenido que existe perjuicio irremediable cuando se estructuran cuatro elementos básicos, determinados por la Corte Constitucional en la sentencia T-225 de 1993²⁹; a saber: El perjuicio ha de ser inminente, las medidas para corregirlo deben ser urgentes, el daño debe ser grave y su protección impostergable.

14. Visto lo anterior, esta Corporación procederá a determinar si, en el caso concreto, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá- incurrió en la vía de hecho que se le imputa o, por el contrario, su actuación se ajustó a los lineamientos legales y jurisprudenciales vigentes al momento de adoptar su decisión. Para el efecto, previamente, se adelantará un breve estudio acerca de la capacidad de los terceros para promover acciones, recursos, demandas y cualesquiera otra actuación de tipo procesal en defensa de

los derechos prevalentes de los niños, con fundamento en lo previsto en el artículo 44 del Texto Superior.

De las vías procesales y de los derechos prevalentes de los niños.

15. Tradicionalmente, el ordenamiento procesal en tratándose de la defensa de los derechos de los niños, ha reconocido que son sus padres, quienes tienen en principio la obligación legal de actuar de consuno o por separado, para preservar sus derechos y garantías. Dicha obligación tiene como fundamento la existencia de la representación legal prevista a favor de éstos, con la finalidad de suplir su falta de capacidad legal o de ejercicio, conforme a lo previsto en el artículo 1504 del Código Civil³⁰.

La citada regla se encuentra claramente establecida, entre otros, en los artículos 44 del Código de Procedimiento Civil y 306 del Código Civil. La primera de estas normas, dispone que:

“ARTICULO 44. Modificado. D.E. 2282/89, art. 1º, num. 16. Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso. Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.

Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales.

Las personas jurídicas comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos.

Cuando el demandado sea una persona jurídica que tenga varios representantes o mandatarios generales distintos de aquéllos, podrá citarse a cualquiera de ellos, aunque no esté facultado para obrar separadamente.

Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del menor, el juez le designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio”³¹.

En idéntico sentido, el Código Civil, en el artículo 306, referente a las atribuciones que se originan por el ejercicio de la patria potestad frente a los hijos menores de edad no

emancipados, determina que:

ARTICULO 306. Modificado. D. 2820/74, art. 39. La representación judicial del hijo corresponde a cualquiera de los padres.

El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador ad litem.

En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiera representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación de curador ad litem” 32.

Desde esta perspectiva, así como la capacidad jurídica que tienen en general todas las personas como manifestación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (C.P. art. 14), no implica per se su habilidad para usar de ella en forma personal e independiente, pues siempre que se trate de un incapaz legalmente reconocido debe actuar a través de su representante legal; de la misma manera, la capacidad de las personas para ser partes en un determinado proceso, no significa que siempre puedan intervenir por sí mismos de manera individual y directa, ya que se entiende que aquellas personas que han sido privadas de su capacidad para realizar válidamente actos jurídicos conforme al ordenamiento sustancial, correlativamente han sido considerados inhábiles para comparecer autónomamente al proceso, requiriendo entonces la complementación de su capacidad a través de la actuación personal y directa de un sujeto legitimado para asistir al proceso (legitimatio ad processum).

Por consiguiente, en materia procesal, es indiscutible que la representación legal reconocida a los padres de los menores de edad, pretende convalidar su capacidad para ser parte (C.P.C. art. 44), asegurando mediante su intervención, la legitimación para actuar durante todo el trámite procesal, o en otras palabras, ratificando su capacidad para comparecer al proceso.

16. Una interpretación sistemática de los artículos 42 y 44 del Texto Superior, reafirma la vocación preferente de la legitimatio ad processum de los menores de edad por parte de sus padres. En efecto, como lo ha reconocido esta Corporación, la familia es la primera llamada a

cumplir con la “obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; pero no todos los familiares del niño tienen los mismos deberes frente a él, ni son titulares de los mismos derechos. Los padres son, por el reconocimiento que hace el ordenamiento jurídico del vínculo consanguíneo y personal que los une con el hijo, los titulares de la patria potestad y, por tanto, los primeros responsables por el debido cumplimiento de la obligación constitucional aludida.

Así las cosas, desde el punto de vista constitucional, no cabe duda que son los padres quienes tienen la obligación principal y directa de velar por el cumplimiento, vigencia y protección de los derechos de los niños, pues un elemento inherente a la institución familiar y a los deberes que de ella se predicen, lo constituye el cuidado y la atención a los menores de edad (C.P. art. 44), como expresión constitucional de la progeneración responsable que surge de la relación filial (C.P. art. 42). A manera de ejemplo, en sentencia T-1025 de 200233, esta Corporación reconoció el papel fundamental que cumplen los padres en la protección de los derechos de los niños, como sujetos constitucionalmente responsables, cuando dadas las connotaciones medicas especiales de un menor (hermafroditismo), es indispensable tomar decisiones irreversibles sobre su identidad personal y sexual, en aras de salvaguardar sus derechos fundamentales al libre desarrollo de la persona-lidad, a la salud y a la dignidad humana. En dicha providencia, la Corte manifestó:

“En efecto, no sería justo ni correcto aplazar una operación cuya decisión de género es previsible, hasta que sea el propio menor quien la apruebe con un mayor grado de conciencia, cuando los padres en ejercicio de su derecho natural de cuidado, crianza y formación pueden asistir a sus hijos para el perfeccionamiento y manifestación de su voluntad. Por lo tanto, en estos casos, el goce y la protección de los derechos fundamentales de los menores no puede limitarse a la sola capacidad del individuo para la toma de decisiones vitales ya que, entonces, la protección especial que ordena la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos de los niños, resultaría vacua e inoperante.

Al respecto, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que: ‘Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social’. Asimismo, el artículo 24 determina que: “Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...’34.

Disposiciones que de conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política, tienen prevalencia en el orden interno y, más aún, cuando “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (artículo 44 C.P).” 35

Esta vocación constitucionalmente preferente de los padres para ejercer la legitimatio ad processum de sus hijos menores de edad, de igual manera se encuentra prevista en los tratados internacionales que velan por su debida protección. En estos términos, el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991), dispone que:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” 36.

Precepto legal que, por una parte, resulta acorde con uno de los principios previstos en la misma la Convención de los Derechos del Niño, que establece: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material” 37; y por la otra, con la Constitución Política, la cual, en el artículo 44, reconoce como derechos fundamentales de los niños, los deberes paternos de cuidado y protección.

17. Ahora bien, en determinados casos el legislador ha ampliado la iniciativa de protección a personas distintas de los padres, sin negar el legítimo derecho de representación que a éstos les corresponde, con el propósito de hacer efectivos los derechos de los niños. Así, por ejemplo, en tratándose de la preservación del derecho de los alimentos, el artículo 136 del Código del Menor, le otorga legitimatio ad processum no sólo a los padres, sino también a los parientes del niño o a quien lo tenga bajo su cuidado³⁸. De igual modo, en el proceso de filiación, el artículo 13 de la Ley 75 de 1968, le reconoce capacidad procesal además de los padres, a la persona natural o jurídica que haya velado por la asistencia y protección del menor, así como al defensor de familia y al Ministerio Público³⁹.

Finalmente, sí lo que se pretende por parte de los menores es iniciar una acción judicial contra sus padres, o tan sólo contra uno de éstos, a falta del otro, el ordenamiento jurídico le

confiere a los Jueces de la República, la obligación de proveer su defensa a través del nombramiento de un curador ad-litem. En apoyo de lo anterior, el artículo 305 del Código Civil, dispone:

“Siempre que el hijo tenga que litigar contra quien ejerce la patria potestad, se le dará un curador para la litis, el cual será preferentemente un abogado defensor de familia cuando exista en el respectivo municipio; y si obrare como actor será necesaria la autorización del juez”.

De la misma manera, los artículos 44 y 45 del Código de Procedimiento Civil, son categóricos en sostener que:

“Artículo 44. Capacidad para ser parte y para comparecer al proceso. Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso.

Tienen capacidad para comparecer por sí al proceso, las personas que pueden disponer de sus derechos. Las demás deberán comparecer por intermedio de sus representantes, o debidamente autorizadas por éstos con sujeción a las normas sustanciales.(...)

Cuando los padres que ejerzan la patria potestad estuvieren en desacuerdo sobre la representación judicial del menor, el juez le designará curador ad litem, a solicitud de cualquiera de ellos o de oficio”.

“Artículo 45. Curador ad litem del incapaz. Para la designación del curador ad litem del incapaz, se procederá de la siguiente manera:

1. El relativamente incapaz que careciendo de representante legal o hallándose éste impedido o ausente tenga necesidad de comparecer a un proceso, lo expondrá así al juez del conocimiento para que de plano le designe curador ad litem o confirme el designado por él, si fuere idóneo.

Cuando se trate de incapaz absoluto y ocurran las circunstancias contempladas en este

numeral, el juez a petición del Ministerio Público, de uno de los parientes o de oficio, le designará un curador ad litem.

2. Cuando la demanda se dirija contra un absolutamente incapaz, que carezca de representante legal o éste se halle ausente, el juez nombrará un curador ad litem para que lo represente. Cuando se trate de relativamente incapaz el juez confirmará el designado por aquél, si fuere idóneo.

3. El juez nombrará curador ad litem al incapaz que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el designado por el relativamente incapaz, si fuere idóneo. En el segundo caso, el juez dará aviso al incapaz de la admisión de la demanda como se dispone en el numeral anterior. (...)”.

En conclusión, según lo previsto en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, en armonía con los tratados internacionales de protección a los derechos de los niños, le corresponde en principio a los padres de familia la obligación principal y directa de promover las acciones correspondientes para salvaguardar y amparar los derechos constitucionales y legales de sus hijos; reconociendo que, en todo caso, el legislador puede establecer excepciones a dicha regla general, permitiendo que otras personas acudan en su defensa, cuando considere oportuno ampliar dicho espectro de protección a favor de la intangibilidad y primacía de los derechos de los niños.

18. Llegando a este punto, es preciso reconocer que el artículo 44 de la Constitución Política, establece que: “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”⁴⁰, refiriéndose a la preservación de los derechos de los niños, y a la adopción de medidas que garanticen su pleno ejercicio.

En primer lugar, a juicio de esta Corporación, cuando la norma alude a la “autoridad competente”, pretende manifestar la posibilidad que existe de acudir ante cualquier autoridad administrativa o judicial que tenga la obligación de adoptar medidas de protección para hacer efectivos los derechos de los niños, con el propósito de solicitar su intervención en aras de preservar su contenido imperativo y prevalente, conforme lo ordena el mismo artículo 44 Superior.

En segundo término, cuando la misma disposición reconoce legitimación a “cualquier

persona”, podría en principio creerse que, conforme a una interpretación exclusivamente literal, toda persona tiene capacidad procesal para ejercer cualesquier tipo de acción a favor de los menores, sin embargo, como lo ha reconocido la Corte, dicha interpretación resulta inadmisibles por las siguientes razones:

(i) La institución de la representación legal de los menores, como expresión constitucional de la progenitura responsable que surge de la relación filial (C.P. art. 42), excluye -en principio- la posibilidad que una persona distinta de los padres interfiera en la conducción de los intereses de los niños.

Precisamente, en sentencia T-174 de 199541, esta Corporación manifestó: “El principio de prevalencia de los derechos prevalentes del niño no es razón suficiente para que terceras personas, que no ostenten la calidad de representantes legales, actúen en nombre de los menores, basados en la mera invocación de la obligación social de prestarles asistencia y protección”.

En sentencia T-408 de 199542, la Corte reiteró el anterior precedente, ratificando que una interpretación literal del artículo 44 del Texto Superior, además de resultar lesiva de la vocación preferente de los padres para ejercer la legitimatio ad processum de sus hijos menores de edad, permitiría abrirle paso a intervenciones inconsultas e injustificadas de terceros a nombre de los niños. Esta Corporación textualmente declaró:

“La Corte debe establecer si la señora Inés Franco de Camargo está legitimada para interponer la acción de tutela en nombre de su nieta, Piedad Antonia García Camargo, si se tiene en cuenta que la acción se dirige en contra del padre de la menor, y la madre se encuentra recluida en la Cárcel Judicial de Santa Marta, imposibilitada, por lo tanto, para defender los intereses de su hija.

El artículo 44, inciso 2°, de la Constitución señala: “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. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”. Sobre este particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que cualquiera persona está legitimada para interponer acción de tutela en nombre de un menor, siempre y cuando en el escrito o petición verbal conste la inminencia de la violación a los derechos fundamentales del niño, o

la ausencia de representante legal. Este último requisito se ha determinado con el fin de evitar intervenciones ilegítimas o inconsultas. En este orden de ideas, la Corte ha expresado:

“A juicio de la Corte, el artículo 44 de la Carta no tiene el alcance que el actor pretende darle. Ni la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás, ni la facultad de exigir a la autoridad competente el cumplimiento de la obligación de asistirlo y protegerlo, tornan innecesaria la condición que la ley impone para agenciar derechos ajenos. El requisito de manifestar en la petición los motivos que imposibilitan al titular promover la defensa de sus derechos, pretende cerrarle el paso a actuaciones inconsultas o injustificadas en nombre de otro, y, en sí mismo, no representa una carga irracional o desproporcionada que impida al interesado interponer la correspondiente acción de tutela. La ausencia de los representantes legales del menor, o la inminencia del daño a sus derechos fundamentales, son circunstancias, entre otras, cuya mención en el escrito de tutela bastaría para habilitar el agenciamiento de sus derechos”.

La previsión contemplada en el inciso segundo del artículo 44 de la Constitución, a cuyo tenor “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, cobra mayor significación en aquellos casos en los que la vulneración de los derechos fundamentales del menor proviene de la acción u omisión de uno de sus progenitores, dada la desprotección o indefensión del menor en estas circunstancias.

En el caso sub-lite, se ha invocado la protección del derecho de la menor Piedad Antonia García Camargo a no ser separada de su madre. La persona que presuntamente ha vulnerado el derecho fundamental invocado es el padre de Piedad Antonia, Jorge Luis García Fernández, al no comunicar a su hija la reclusión de su madre en la Cárcel Judicial de Santa Marta, y no permitir que la niña la visite. La Sala considera perfectamente viable que la abuela materna de la menor haya interpuesto la acción de tutela, toda vez que la madre se encuentra en prisión y al padre se imputa la violación de sus derechos fundamentales”.

(ii) Además de lo anterior, es innegable que permitir que cualquier persona ejerza medios de defensa ante las autoridades competentes para hacer valer los derechos de los niños, a pesar de contar éstos con sus correspondientes representantes legales, supondría un

desconocimiento de los principios de eficiencia, economía y celeridad que gobiernan el ejercicio de la función pública (C.P. art. 209). Esto ocurre porque de admitirse la intervención de un sinnúmero de personas, se estaría igualmente obligando a las autoridades judiciales o administrativas a tener que resolver todas y cada una de sus solicitudes, implicando per se un desgaste irrazonable en tiempo y recursos contrarios al debido funcionamiento de la Administración pública.

19. Desde esta perspectiva, surge el siguiente interrogante: ¿Cuál es entonces el ámbito de protección que otorga el artículo 44 Superior, cuando le reconoce a cualquier persona capacidad procesal para acudir antes las autoridades competentes, en aras de salvaguardar los derechos de los niños?

Ya se dijo previamente que de la Constitución Política y de los tratados internacionales de protección a la niñez, surge una regla general consistente en reconocer que le corresponde a los padres, como expresión constitucional de la progenitura responsable que surge de la relación filial (C.P. art. 42), representar legalmente a los hijos, y acreditar su capacidad procesal cuando éstos deban acudir a un proceso judicial en defensa de sus derechos. Por otra parte, igualmente se manifestó que el legislador de todas maneras se reserva la potestad para ampliar dicha capacidad procesal, y conferirla a cualquier tercero de manera coetánea con los padres, en razón de la exigencia constitucional de hacer efectivos los principios de protección especial y de interés superior del menor (C.P. art. 44)⁴³. Finalmente, se recordó que el ordenamiento jurídico, le otorga la obligación al juez de velar por la debida asistencia legal del niño, cuando por diversas razones, éste decide promover un proceso contra sus padres, o tan sólo contra uno de éstos, a falta del otro.

Con fundamento en las citadas reglas, esta Corporación procederá a desentrañar el sentido de la norma constitucional previamente reseñada. Para el efecto, es preciso recordar que los imperativos legales no son las herramientas idóneas para determinar el sentido de los derechos constitucionales, pues éstos por su propia esencia deben interpretarse a partir del contenido normativo que se deriva del mismo Texto Superior⁴⁴.

Obsérvese cómo, el artículo 44 de la Carta Fundamental, cuando reconoce que “Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, refiriéndose a la preservación de los derechos de los niños, y a la adopción de

medidas que salvaguarden su eficacia jurídica; supone previamente una asignación de responsabilidad cons-titucional, con el fin de impedir que cualquier menor se encuentre en situación de desprotección y abandono. Así dicha norma establece que le corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Conforme a la estructura lógica en que se encuentra construida la norma superior, resulta incontrovertible que si bien se acepta la vocación preferente de los padres para suplir la falta de capacidad procesal de sus hijos menores de edad, y que, por ello, es a la familia a la primera institución jurídica a la que se alude en la Carta Política para imponer la obligación de asistirlos y protegerlos. El mismo precepto fundamental convoca en igualdad de condiciones a la sociedad y al Estado para participar en el deber de reconocer y asistir a los niños como sujetos privilegiados de la comunidad. No se trata entonces de una simple legitimación subsidiaria para velar por la efectiva protección de la niñez, por el contrario, corresponde a una típica asignación de competencias prioritaria o principal bajo el desarrollo del mismo axioma constitucional, pero sujeta en su ejercicio a determinados requisitos con la finalidad de no desconocer, por una parte, la vocación preferente de los padres en el cuidado y atención de los hijos como manifestación de la progenitura responsable que surge de la relación filial⁴⁵ y, por la otra, para no comprometer la validez constitucional de los principios de eficiencia, economía y celeridad que gobiernan el ejercicio de la función pública.

En apoyo de lo anterior, en la exposición de motivos que condujo a la creación del artículo 44 de la Constitución Política, los constituyentes manifestaron lo siguiente:

“El artículo propuesto que se presenta en una forma sencilla, de fácil identificación y comprensión, para que todas las personas ejerzan tutela sobre los derechos del niño y puedan exigir su cumplimiento, porque el ejercicio de estos derechos involucra a la sociedad entera, pues los niños dependen de la solidaridad de ésta para crecer, formarse y ser adultos. Incluye, además, una síntesis de dichos derechos destinados a facilitar al niño la comprensión y el ejercicio de los mismos, durante la enseñanza curricular, de acuerdo con su grado de desarrollo y sus capacidades. (...)”

El texto del artículo, entonces, 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 de la raza humana (...)

Cuando se dice que “los derechos del niño están primero que los derechos de los demás” y que cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está por primera vez reconociendo el derecho de los vecinos a proteger a los niños de su comunidad, denunciando discreta o abiertamente esa enorme cantidad de casos de maltratos que se escuchan y se ven aún sin quererlo, y que hoy no se pueden evitar porque los derechos del niño no han sido reconocidos y priorizados (...)”⁴⁶.

Finalmente, sujetar a determinadas reglas constitucionales la posibilidad de que los terceros (sociedad y Estado) actúen en representación de los niños, aún a pesar de contar éstos con sus padres como representantes legales, pretende igualmente velar por la defensa del derecho fundamental a la intimidad familiar, previsto en el artículo 15 del Texto Superior. En resumidas cuentas, lo que se pretende reconocer es que si bien existe un interés superior en reforzar los mecanismos de protección a la niñez, su aplicación en la práctica no puede llegar a comprometer el derecho que les asiste a todas las personas de disfrutar una vida familiar sin injerencias indebidas de los otros (CP art. 15)⁴⁷.

20. Partiendo de estas consideraciones, procederá esta Corporación a determinar bajo qué supuestos o reglas puede operar la legitimación procesal reconocida a la sociedad y al Estado, con miras a salvaguardar el interés superior de los niños, prevista en el artículo 44 del Texto Superior.

En primer lugar, la sociedad representada por cualquier persona puede iniciar acciones de defensa de los derechos de los niños, sólo y en cuanto sea absolutamente indispensable para velar por su debida protección, (a) ya sea a título de agente oficioso cuando falten los padres como representantes legales⁴⁸; (b) o directamente (i) cuando se pretende ejercer acciones en su contra, o (ii) cuando éstos incumplan injustificadamente su deber de cuidado y protección, o (iii) cuando se trate de promover acciones constitucionales, que por su propia naturaleza, como lo ha reconocido esta Corporación, suponen una ampliación en las reglas de la legitimación, v.gr. en la acción de tutela⁴⁹.

Sobre esta última hipótesis, la Corte en reciente pronunciamiento, manifestó:

“Personería para instaurar la tutela

Tratándose de la protección de los intereses de los menores, cualquier persona está legitimada para actuar en representación de estos. Lo anterior se desprende de lo contemplado en el artículo 44 de la Carta Política que consagra en su inciso segundo que “cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, refiriéndose a el ejercicio pleno de los derechos de los menores.

En consecuencia, no sólo los padres, representantes por ministerio de la ley de los menores, pueden interponer una tutela para exigir de alguna autoridad la protección de los derechos de los niños, sino cualquier ciudadano tiene legitimidad para hacerlo”⁵⁰.

En segundo término, a diferencia de la sociedad, el Estado a través de sus entidades de protección a la niñez, no asume un rol exclusivamente alternativo en el cumplimiento del deber de salvaguarda a los derechos de los menores de edad, pues si bien se reconoce la vocación preferente de los padres para asumir la legitimatio ad processum de sus hijos no emancipados, existen diversas razones de raigambre constitucional que permiten legitimar su intervención directa. Dichos argumentos pueden resumirse en las siguientes consideraciones, a saber:

21. Por una parte, recuérdese que el cambio de modelo que introdujo la Constitución Política de 1991 de Estado de Derecho a Estado Social de Derecho, produjo una modificación en la concepción tradicional acerca del papel que cumplen en la preservación de los derechos las autoridades públicas.

Se paso de un Estado netamente garantista de los derechos, cuya obligación principal consistía en respetar las prohibiciones de no hacer previstas en el ordenamiento jurídico, a un Estado corrector de los desequilibrios y desigualdades del orden social, obligado a velar por la efectiva protección de los derechos de las personas, mediante el acatamiento de los mandatos categóricos e imperativos de hacer y de dar, previstos en la Constitución⁵¹. En un Estado Social de Derecho, en donde prevalecen los derechos de los niños, son las autoridades dispuestas para asegurar su debida protección, quienes se encuentran obligadas a través de un vínculo de carácter absoluto a exigir el cumplimiento de sus derechos y sancionar a los infractores de los mismos. Esta Corporación ha reconocido la existencia de dicho vínculo jurídico, entre otras, en las siguientes providencias:

En sentencia T-715 de 1999⁵², esta Corporación al resolver una acción de tutela interpuesta

por una pareja contra un Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien con fundamento en un acto administrativo ordenó retirar de su hogar a una niña que tuvieron durante más de cinco (5) años bajo su custodia, y que fue entregada por sus padres biológicos con el beneplácito del citado Instituto, sostuvo que:

“La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44)...

Como se aprecia, es una obligación del Estado proteger al niño. No puede haber una simple graduación en la protección, sino que debe ser una protección real, de carácter vinculante absoluto. Luego los programas de protección que el propio Estado ha señalado son de ineludible cumplimiento, es más, son finalidad del Estado por mandato del artículo 2º de la Constitución que establece: “Los fines esenciales del Estado: ... garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución...”

En conclusión, el Estado debe en todo caso, acudir en protección de los menores cuantas veces sea necesario, empleando óptimamente todos los mecanismos, medios y programas que la ley señale”⁵³.

Recientemente, en sentencia C-170 de 200454, al declarar la constitucionalidad condicionada de las normas previstas en el Código del Menor, que facultan el trabajo infantil, la Corte expuso que:

“Finalmente, no pasa por alto esta Corporación, el problema de la economía informal no reglamentada. En estos casos, es obligación del Estado prevenir y contrarrestar el abandono de los niños a su suerte, verbi gracia, mediante la mendicidad en cualquiera de las esquinas de nuestras ciudades. En un Estado Social de Derecho, la obligación del Estado para con los niños es de resultado y, por lo mismo, es deber de las autoridades de control, adoptar las medidas para que cese dicha explotación infantil y se permita el goce efectivo de sus

derechos a la recreación, educación, cultura, al cuidado y al amor, etc. Por ello, por ejemplo, es indispensable que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar adelante las investigaciones necesarias para proteger a los menores que se encuentran en estado de abandono, en atención a la explotación de sus padres o representantes legales (Art. 31 del Decreto-Ley 2737)” 55.

(ii) De igual manera, esta Corporación ha reconocido que conforme a la Carta Fundamental y a los tratados internacionales de protección a la infancia, los niños como sujetos constitucionales privilegiados de la sociedad, tienen una especial protección que se traduce en la regla de interpretación “pro infans”, según la cual, es deber de las autoridades del Estado amparar a los menores de cualquier abuso, abandono o conducta lesiva que afecte su desarrollo armónico e integral, como manifestación del carácter corrector del Estado Social de Derecho. Al respecto, la Corte ha sostenido que:

“(…) El compromiso que la Constitución establece con el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, no se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de sus pretensiones básicas de protección, sino que su persona como tal ha sido elevada a la categoría de sujeto fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el Estado (...)

En el otorgamiento de este estatus especialísimo del menor seguramente se han tomado en consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental - debilidad - y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad. De ahí que, se reitera, la tutela de la Constitución no se circunscriba a manifestaciones o pretensiones específicas, como ocurre en general con los restantes derechos fundamentales de las personas, sino que abarque al niño en su plenitud, vale decir, en la integridad de su dimensión existencial.

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (CP art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (CP art. 350). Todas las

personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (CP art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (CP art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualdad que realiza el mismo Constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia (...)56.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 3º, señaló su ámbito de protección de la siguiente manera:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.

En conclusión, a juicio de esta Corporación, es innegable que el Estado, a través de sus entidades de protección a la niñez, tiene una obligación primigenia y directa en la defensa de los derechos constitucionales de los niños, cuya fuente se encuentra en los cánones normativos del Estado Social de Derecho, en el principio de solidaridad y en la regla constitucional de interpretación pro infans, que indiscutiblemente exigen la adopción de medidas y acciones que aseguren que “los derechos de los niños prevalecen sobre los

derechos de los demás”.

22. Lo anterior no significa que en todo proceso judicial en que puedan resultar comprometidos los derechos de los niños, las autoridades judiciales deban necesariamente citar a los funcionarios previstos para proteger sus derechos, y en especial, a los defensores de familia. Una interpretación sistemática del ordenamiento procesal permite concluir que tan sólo en casos excepcionales previstos en la ley, es obligación notificar la iniciación de dichos procesos a las citadas autoridades. En efecto, el Decreto 2279 de 1989 (art. 11) y el Código del Menor (art. 277-1), establecen precisas reglas en las cuales los derechos de los menores implican forzosamente la intervención de los defensores de familia. Al respecto, la primera norma en cita, dispone:

“Artículo 11. Decreto 2279 de 1989. El defensor de familia intervendrá en nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramiten ante esta jurisdicción [la de familia] y en los que actuaban el defensor de menores, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al Ministerio Público.

Intervendrá también en interés del menor, para promover las acciones pertinentes en los asuntos judiciales y extrajudiciales de familia, sin perjuicio de la representación legal y judicial que corresponda”⁵⁷.

En apoyo de lo anterior, el artículo 277 del Código del Menor, determina que:

“El Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones: 1. Intervenir en interés de la institución familiar y del menor en los asuntos judiciales y extrajudiciales, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2272 de 1989 y en el presente código (...)”.

Una lectura ordenada de las citadas disposiciones, como lo reconoce la doctrina, conduce a entender que por regla general las autoridades judiciales tan sólo se encuentran compelidas a notificar a los defensores de familia, cuando se trata de procesos que se tramitan ante esa jurisdicción, y en los cuales actuaban los defensores de menores⁵⁸; sin desconocer que, excepcionalmente, en razón de la obligación judicial de evitar la colusión o fraude procesal, cuando la misma tenga efectos nocivos sobre los derechos de los niños, resulta imperativo citar al defensor de familia en cualquier tipo de procesos⁵⁹.

Es claro entonces que la obligación constitucional impuesta a las autoridades del Estado encargadas de velar por la protección de la niñez, de acudir ante cualquier autoridad judicial o administrativa competente para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y, a su vez, solicitar la imposición de las sanciones que correspondan a sus infractores (C.P. art. 44), no implica modificar el ámbito de competencia funcional reconocida a cada autoridad, ni tampoco supone la imposición de nuevas exigencias en materia de legitimación por pasiva, según se ha visto. Lo que se pretende es reconocer que la Constitución Política, en el artículo 44, amplió la legitimatio ad processum para representar procesalmente los intereses de los menores de edad, en aras de hacer efectivas sus garantías constitucionales y legales, conforme a los tratados internacionales, al principio de solidaridad y a la regla constitucional de interpretación pro infans, que ordenan que en toda decisión que se adopte por las autoridades del Estado debe primar siempre la preservación del interés superior del niño.

A manera de ejemplo, en sentencia T-357 de 200260, la Corte determinó que si bien los defensores de familia cumplen un papel trascendental en la defensa de los derechos de los niños, no pueden abrogarse para sí atribuciones previstas en el ordenamiento jurídico para otras autoridades, pues es indiscutible que toda función pública debe estar expresamente conferida por la Constitución, la ley o el reglamento, conforme lo ordena el artículo 122 del Texto Superior. Partiendo de estas consideraciones, esta Corporación concluyó que los defensores de familia carecen de la atribución para adelantar procesos de restitución de menores, ya que dicha facultad se encuentra asignada a los jueces civiles del circuito, en virtud de la competencia residual prevista en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil.

En sus propias palabras, la Corte manifestó:

“(…) para la Corte es claro que no existe fundamento constitucional o legal que autorice a los defensores de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, bien sea en forma voluntaria, bien de manera forzosa; a pesar de que existe un acto administrativo que así lo establece, dicho acto resulta manifiestamente inconstitucional porque existe reserva legal para atribuir esa competencia. Y tampoco es de recibo el argumento según ese acto simplemente desarrolla una atribución legal, pues como fue explicado, esa facultad no se fundamenta en norma legal o constitucional alguna.

(...) no cabe duda que sería deseable que fuesen los jueces de familia quienes, atendiendo criterios de especialidad, adelantaran los procesos de restitución internacional de menores, pero la determinación de esa competencia debe ser el fruto de los debates políticos y democráticos propios del legislador, y no de una mera conveniencia circunstancial, pues según fue explicado, el modelo institucional de la Constitución se inspira también en el principio de separación de poderes. No obstante, si el Congreso guarda silencio en este punto está vedado a la Corte, y a cualquier otra autoridad, invadir la órbita de su competencia cuando el propio ordenamiento prevé una cláusula de cierre, en esta caso, acudiendo ante los jueces civiles del circuito”.

23. Obsérvese como, a partir de lo expuesto, se puede deducir que en toda actuación judicial o administrativa, donde puedan resultar amenazados o vulnerados los derechos de los niños, son los padres los llamados a velar preferentemente por su protección, como manifestación de la obligación constitucional de la progenitura responsable que surge de la relación filial (C.P. art. 42), salvo que dadas las circunstancias especiales del caso, los terceros se encuentren habilitados para promover su defensa⁶¹, y en todo caso, reconociendo que en virtud de lo previsto en el artículo 44 del Texto Superior, las autoridades del Estado constituidas para preservar sus derechos, tienen el deber constitucional de adoptar las medidas que por activa resulten forzosas e ineludibles para salvaguardar la integridad de las prerrogativas que se reconocen a su favor en el ordenamiento jurídico.

24. Desde esta perspectiva, se pregunta la Corte: ¿Qué consecuencia jurídica se deriva del desconocimiento de la legitimatio ad processum reconocida por el ordenamiento Superior, a favor de las autoridades del Estado constituidas para proteger los derechos de los niños?

Conforme lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, en otros casos, siempre que se presente el desconocimiento de un preciso mandato constitucional, se produce como consecuencia la nulidad insubsanable de la decisión en que aquella conste, pues dicha omisión implica en el fondo la alteración del contenido imperativo de las normas constitucionales.

Precisamente, en Auto 022 de 2001⁶², la Corte decretó la nulidad del trámite adelantado en desarrollo de una acción de tutela, al haberse acudido por el juez de instancia al Decreto 1382 de 2000, el cual había sido previamente inaplicado por esta Corporación, en el

entendido que desconocía, entre otras, el mandato categórico previsto en el artículo 86 del Texto Superior, conforme al cual la acción de tutela puede interponerse ante cualquier juez de la República. La Corte textualmente declaró:

“(…) Mientras el artículo 86 de la Carta instituye como un derecho de toda persona ejercitar la ‘acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar’ para impetrar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados de vulneración, el artículo 1º del Decreto 1382 de 12 de julio de 2000 limita ese derecho con la asignación de competencia a distintos funcionarios judiciales teniendo en cuenta la categoría de las autoridades públicas contra las cuales pueda dirigirse la petición de amparo, lo que significa que ya no podrá entonces el afectado ejercitar tal acción ante cualquier juez, en cualquier momento y en todo lugar como expresamente lo dispuso el citado artículo 86 de la Constitución.

Siendo ello así, surge de bulto que el artículo 1º del Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, fue mucho más allá de la usurpación al Congreso de la República para introducir modificaciones al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, para reformar, sin atribución alguna el artículo 86 de la Constitución Política, pues esa reforma no se ciñe para nada a ninguno de los procedimientos que para el efecto se establecen en el Título XIII de la Constitución (…)

Analizada la actuación surtida en el trámite de la acción de tutela promovida por la ciudadana Myriam Esther Fellizzola Costa a que se refiere esta providencia, encuentra esta Sala, que la actora la promovió ante el Tribunal Contencioso Administrativo de la Guajira, no obstante lo cual este, en vez de tramitarla, ordenó su remisión al Juzgado Civil del Circuito de Rioacha -Guajira-, aduciendo para el efecto lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 1382 de 12 de junio de 2000 que, como ya se dijo, no resulta aplicable por ser contrario a la Carta Política por las razones ya expuestas.

(…) En tal virtud, en guarda de la primacía de la Constitución, habrá entonces de declararse la nulidad de lo actuado a partir del auto del dieciocho (18) de diciembre de 2000 proferido por el Tribunal Administrativo de la Guajira, visible a folio 15, y se ordenará entonces al mencionado Tribunal imprimir a esta acción de tutela a la mayor brevedad el trámite que corresponda” 63.

En Auto 025 de 200164, la Corte decretó la nulidad de un proceso de tutela a partir del auto

por virtud del cual el juez de segunda instancia avocó conocimiento, pues éste incumplió la obligación constitucional de proferir un fallo de fondo, al resolver el caso sometido a su conocimiento a través de una decisión inhibitoria. Al respecto, esta Corporación manifestó:

“si como en el caso objetivo de revisión el ad-quem tenía sus dudas sobre la legitimidad del impugnante, esto es el jefe de la oficina jurídica de la entidad pública accionada, antes que producir un fallo inhibitorio, que como se dijo antes, esta expresamente prohibido en los procesos de tutela, debió requerirlo para que acreditara su condición de apoderado de la accionada, exigiéndole que allegaran los respectivos documentos y señalándole un plazo para el efecto, pues lo contrario significa anteponer una omisión de carácter formal, subsanable si el fallador del recurso de amparo hace uso de los poderes con que fue dotado (...)

En ese contexto sin duda cabe la posibilidad que tiene el juez constitucional de subsanar una omisión que en su criterio le impedía establecer de manera inequívoca la legitimidad del impugnante del fallo de tutela de primera instancia, pues como lo ha dicho la jurisprudencia de esta corporación, ‘...una situación de tal tipo impone al juez una actitud en extremo diligente orientada a la solución del asunto...’.

Por lo dicho la sala procederá a decretar la nulidad de lo actuado en la presente acción, a partir del 1° de septiembre de 2000, fecha en la cual el proceso fue asumido por la sala laboral del tribunal superior de Bogotá. Correspondiéndole conocer y resolver en segunda instancia la impugnación presentada contra el fallo del a-quo; así mismo ordenará que se devuelva el expediente a dicha corporación, para que ésta proceda a pronunciarse sobre la cuestión de fondo planteada en la demanda de tutela de la referencia” 65.

En sentencia T-800 de 199966, esta Corporación reconoció que el desconocimiento de una precisa obligación constitucional comporta la existencia de una violación al debido proceso susceptible de ser corregida a través de la institución de la vía de hecho. A juicio de la Corte, en el caso sometido a su decisión, era innegable que para la interpretación de las normas procesales de alcance laboral, resultaba igualmente exigible el principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 del Texto Superior, por lo que la omisión en su aplicación no sólo se traducía en una negativa injustificada a reconocer el contenido imperativo de la Constitución, sino también en una manifiesta vía de hecho por comprometer la garantía fundamental del

debido proceso. En aquella oportunidad, la Corte textualmente declaró:

“Esta Corte ha admitido que extraordinariamente procede la acción de tutela, en los eventos en los cuales los derechos fundamentales son desconocidos por decisiones que entran en abierta incompatibilidad con las normas constitucionales o legales aplicables al caso constituyéndose así, verdaderas actuaciones de hecho. Justamente por serlo -ha sido el criterio doctrinal de esta Corporación-, tales comportamientos de los jueces no merecen el calificativo de “providencias”, a pesar de su apariencia, en cuyo fondo se descubre una inadmisibles trasgresión de valores, principios y reglas de nivel constitucional.

Así, la regla general -señalada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En dicha norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Siendo la ley una de esas fuentes, su interpretación, cuando se presenta la hipótesis de la cual parte la norma -la duda-, no puede ser ninguna diferente de la que más favorezca al trabajador. Ella es obligatoria, preeminente e ineludible para el juez.

Allí la autonomía judicial para interpretar los mandatos legales pasa a ser muy relativa: el juez puede interpretar la ley que aplica, pero no le es dable hacerlo en contra del trabajador, esto es, seleccionando entre dos o más entendimientos posibles aquel que ostensiblemente lo desfavorece o perjudica. Es forzoso que el fallador entienda la norma de manera que la opción escogida sea la que beneficie en mejor forma y de manera más amplia al trabajador, por lo cual, de acuerdo con la Constitución, es su deber rechazar los sentidos que para el trabajador resulten desfavorables u odiosos. El juez no puede escoger con libertad entre las

diversas opciones por cuanto ya la Constitución lo ha hecho por él y de manera imperativa y prevalente.

No ha dudado la Corte en afirmar que toda trasgresión a esta regla superior en el curso de un proceso judicial constituye vía de hecho e implica desconocimiento flagrante de los derechos fundamentales del trabajador, en especial el del debido proceso (art. 29 C.P.).

(...) Como consecuencia de la interpretación del Tribunal Superior de Neiva, desfavorable para el trabajador, se aplicaron erróneamente las normas procesales y, por tanto, fueron desconocidas las reglas que gobiernan el juicio, vulnerando el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.), negando a la persona el derecho de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) y haciendo prevalecer sobre el Derecho sustancial concepto formal acerca de la contabilización del término de prescripción, con lo cual fueron violados los artículos 53 y 228 de la Carta”.

En consecuencia, el desconocimiento de la legitimatio ad processum prevista en el ordenamiento Superior, a favor de las autoridades del Estado constituidas para proteger los derechos de los niños (C.P. art. 44), produce como consecuencia la nulidad insubsanable del acto jurídico en que aquella se manifiesta, pues es claro que dicho comportamiento además de comprometer el valor normativo de la Constitución, constituye una flagrante vía de hecho al prescindirse de la aplicación de las reglas procesales previstas en la Constitución que en materia de capacidad procesal satisfacen la garantía fundamental del debido proceso.

25. Recapitulando los hechos que fundamentaron la presente acción de amparo constitucional, es preciso recordar que el señor Daniel Páez Caicedo, actuando en condición de Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) y en representación de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa⁶⁷; interpuso acción de tutela, el día 26 de junio de 2002, con el propósito de salvaguardar los derechos fundamentales de sus representados a la vivienda digna y, en especial, a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social.

Lo anterior, como consecuencia de la actuación adelantada por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia, quien a través de un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado (C.P.C. artículo 408), ordenó mediante sentencia del 12 de junio de 2002, la desocupación y entrega del bien inmueble que ellos habitaban, con fundamento en el

supuesto incumplimiento de un contrato de arrendamiento suscrito entre sus padres⁶⁸.

26. Según se deduce del material probatorio acompañado a la tutela y al expediente del proceso abreviado, los señores Ana Elizabeth Gamboa y Raúl Ortiz Fajardo, convivieron -más o menos- por un espacio ininterrumpido de 17 años, sin que hasta el momento exista declaración alguna sobre la existencia de una sociedad patrimonial⁶⁹.

Todo parece indicar que los señores Gamboa y Fajardo decidieron poner fin a su convivencia a finales de diciembre de 2001, como consecuencia del fallecimiento de otro hijo en común, lo cual condujo a partir de ese momento a que se presentaran problemas de alcoholismo, celos injustificados, maltrato infantil, incumplimiento de deberes y obligaciones de compañeros, desautorización de la autoridad paterna, etc. En los días siguientes a dicha decisión, se acordó que la señora Ana Elizabeth Gamboa asumiría la custodia y tenencia de los menores⁷⁰.

Coetáneamente con los citados hechos, es decir, el día 14 de diciembre de 2001, los señores Ana Elizabeth Gamboa y Raúl Ortiz Fajardo, suscribieron un contrato de arrendamiento sobre el inmueble que hasta ese momento habitaban en comunidad, es decir, tanto la pareja como sus tres hijos.

Según el citado documento, el objeto del contrato consistía en la entrega a título de tenencia de un apartamento ubicado en el segundo piso de una casa de mayor extensión construida en la ciudad de Florencia. La entrega la realizaba el supuesto dueño del inmueble, es decir, el señor Raúl Ortiz Fajardo, a favor de su arrendataria, o sea, la señora Ana Elizabeth Gamboa.

Es preciso aclarar que el bien inmueble se encuentra a nombre del citado señor Ortiz Fajardo, pues no existe pronunciamiento alguno sobre su posible afectación a una sociedad patrimonial (Ley 54 de 1990).

De conformidad con el citado contrato, la arrendataria asumía la obligación de pagar la suma de \$ 400.000.00 dentro de los cinco primeros días de cada mes, como contraprestación por la tenencia y disfrute del bien.

Por consiguiente, la señora Ana Elizabeth Gamboa y sus tres hijos continuarían viviendo en el mismo apartamento que compartieron junto con el señor Ortiz Fajardo (padre y compañero permanente), pero ahora tenían que cancelar una suma a título de arrendamiento, cuando

previamente detentaban su goce y disfrute, sin reconocer prestación alguna, durante aproximadamente 9 años.

Ante el supuesto incumplimiento de la señora Ana Elizabeth Gamboa en el pago del canon de arrendamiento de 3 meses (enero, febrero y marzo de 2002); el señor Ortiz Fajardo promovió el día 22 de marzo de 2003 un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado contra la citada señora, el cual correspondió por reparto al Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia.

El Defensor de Familia del centro Zonal Caquetá 1° del ICBF, actuando en interés de la institución familiar y de los menores, intervino dentro del término de traslado del citado proceso, solicitando se protegiera el derecho a la vivienda de los niños Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa y, en especial, el derecho a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social (C.P. artículo 44), ya que ellos habitaban en el inmueble objeto de proceso.

La demandada, señora Ana Elizabeth Gamboa, guardó silencio durante el término de traslado.

Sin embargo, el juez de instancia no tuvo en cuenta lo alegado por el Defensor de Familia, argumentando que ante la falta de pago de los cánones de arrendamiento y ante la ausencia de una garantía que acredite su cancelación, no era viable oír ni a dicho funcionario ni a la demandada en el proceso, con fundamento en lo previsto en el numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil. Textualmente, afirmó que:

“Sería el caso escuchar lo planteado por el Defensor de Familia del Centro Zonal Caquetá, pero en el caso que nos ocupa, se tiene como premisa importante a lo expuesto en el libelo demandatario, el actor se refiere a la falta de pago, como causal de restitución del inmueble arrendado, motivo por el cual al no haberse cancelado los cánones de arrendamiento adeudados la demandada no será oída en el proceso, tal como lo dispone el artículo 424 párrafo 2. Nral. 2 del C. de Pr. Civil”.71

Como excepciones a la pretensión de restitución del bien inmueble arrendado, el Defensor de Familia argumentó las siguientes: (i) Que la pretendida orden de lanzamiento conducía a la violación de los derechos de los niños, los cuales son principalísimos y superiores a cualquier

otra norma o institución jurídica (C.P. art. 44); (ii) Que el contrato de arrendamiento se suscribió a través de “fuerza” como vicio del consentimiento (C.C. art. 1502); (iii) Que existía pleito pendiente en relación con el ingreso del bien objeto de restitución a una posible sociedad patrimonial (C.P.C. art. 170); y finalmente, (iv) Que resultaba aplicable la exceptio non adimpleti contractus por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias del señor Ortiz frente a sus 3 menores hijos (C.C. art. 1609).

Así las cosas, con base en el numeral 2° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia mediante sentencia del 12 de junio de 2002, accedió a las pretensiones de la demanda, no tuvo en cuenta las excepciones propuestas por el Defensor de Familia, y ordenó “la desocupación y entrega al demandante RAUL ORTIZ FAJADOR, del bien inmueble” requerido. Dicha orden de entrega se hizo efectiva a través del lanzamiento realizado por la Inspección Segunda Municipal de Policía de Florencia, el día 6 de noviembre de 2002, retirando a los niños de la citada vivienda.

27. Por otra parte, entre los señores Ana Elizabeth Gamboa y Raúl Ortiz Fajardo se suscribió un contrato de arrendamiento sobre el primer piso de la casa de mayor extensión, en donde funcionaba un establecimiento de comercio denominado “Video Oro Verde” de propiedad de la señora Gamboa. Aparece igualmente en el expediente copia del despacho comisorio número 142 del Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia, en donde se hace efectiva una orden de embargo y secuestro contra todos los bienes muebles del citado establecimiento, cuyo origen se remonta a un proceso ejecutivo que se adelanta por el señor Raúl Ortiz Fajardo contra la señora Ana Elizabeth Gamboa, y que se origina -según parece- en las deudas correspondientes a los cánones de arrendamiento acordados entre las partes⁷².

28. Para el 22 de febrero de 2002, un mes con anterioridad a la presentación de la demanda de restitución del inmueble arrendado correspondiente a la vivienda familiar de los citados menores de edad, la señora Ana Elizabeth Gamboa promovió un proceso de alimentos a favor de éstos, el cual concluyó en un acta de conciliación ante el Juez Tercero Promiscuo de Familia de Florencia -Caquetá- el día 23 de mayo de 2002, acordando una suma de \$300.000 pesos, que el señor Ortiz Fajardo debía cancelar como pago mensual por concepto de alimentos para sus tres hijos, además de asumir el valor de la mitad del seguro de salud⁷³.

En el expediente aparecen recibos de pago por alimentos, solicitados por el señor Ortiz Fajardo, correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2002⁷⁴. No se acredita el pago de la mitad del valor del seguro de salud.

29. Teniendo en cuenta los citados hechos, la Sala Quinta de Revisión, al comprobar la situación de indefensión de los citados menores, procedió en ejercicio de la atribución reconocida en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992, a solicitar al señor Daniel Páez Caicedo -Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-, la siguiente información⁷⁵:

“Primero. SOLICITAR al señor Juez segundo (2) Civil Municipal de Florencia - Caquetá - que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente Auto, le informe a esta Sala: ¿Si ya tuvo lugar la entrega y desocupación del inmueble ubicado en el segundo piso de la carrera 13 No. 13-15 de Florencia -Caquetá- en cumplimiento de la Sentencia número 0092 del 12 de junio de 2002, proferida dentro del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, promovido por el señor Raúl Ortiz Fajardo contra Ana Elizabeth Gamboa Vargas, y que venía siendo ocupado por los menores Elizabeth Asunción, Joaquín Raúl y Leidy Paola Ortiz Gamboa?.

Segundo. SOLICITAR al señor Daniel Páez Caicedo - Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de la Seccional Florencia (Caquetá) - que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente Auto, le informe a esta sala: Cuál es en la actualidad la situación personal y familiar de los menores Elizabeth Asunción, Joaquín Raúl y Leidy Paola Ortiz Gamboa, indicando lo siguiente:

- Qué medidas de protección se han adoptado para salvaguardar el derecho a la vivienda digna de los menores, y

- Si se ha dado cumplimiento a la obligación alimentaria reconocida mediante acta de conciliación a favor de los menores y a cargo del señor Raúl Ortiz Fajardo, suscrita ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Florencia - Caquetá -, el día 4 de julio de 2002”.

En torno al primer interrogante, se informó que la orden de desocupación y entrega se hizo efectiva a través del lanzamiento realizado por la Inspección Segunda Municipal de Policía de Florencia, el día 6 de noviembre de 2002, retirando a los niños de la citada vivienda.

Frente al segundo cuestionamiento, el Defensor manifestó que el señor Raúl Ortiz Fajardo no ha dado cabal cumplimiento a la conciliación por alimentos suscrita ante el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Florencia, circunstancia que motivó el inicio de una investigación penal en su contra ante la Fiscalía Quinta Local del citado municipio, por el delito de inasistencia alimentaria⁷⁶.

30. Finalmente, es pertinente manifestar que el señor Raúl Ortiz Fajardo tiene la condición de abogado titulado, y que fue él quien por su propia cuenta promovió el proceso de restitución de inmueble arrendado en contra de la señora Ana Elizabeth Gamboa, además de conferir el correspondiente poder para adelantar el proceso ejecutivo que condujo al embargo y secuestro de su establecimiento de comercio.

31. De acuerdo con las circunstancias fácticas del caso y los argumentos expuestos en los fundamentos 15 a 24 de esta providencia, encuentra la Corte que la acción de tutela está llamada a prosperar, por las consideraciones que a continuación se exponen:

(i) Si bien el artículo 424, parágrafo 2°, numeral 2°, del Código de Procedimiento Civil exige en el proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, cuando la pretensión de entrega se fundamenta en la falta de pago, la consignación a órdenes del juzgado del valor total adeudado, o en su defecto, los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres (3) últimos meses, o si fuere el caso, las consignaciones por el mismo valor de acuerdo con los requisitos de ley, como carga procesal para admitir el ejercicio del derecho de oposición del demandando⁷⁷, dicha exigencia por su contenido altamente limitativo del derecho de defensa debe ser interpretada restrictivamente, esto es, que bajo ninguna circunstancia puede resultar exigible para otras personas distintas del demandando que gocen de legitimación para intervenir en dicho proceso.

Obsérvese cómo el mismo tenor literal de la citada disposición, resulta suficiente para convalidar la naturaleza eminentemente excepcional de dicha carga procesal. Al respecto, dispone la norma en cita:

“2. Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador

correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, en favor de aquel”78.

En sentencia C-070 de 199379, al estudiar la constitucionalidad del parágrafo 2°, numeral 2°, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, el cual impone el cumplimiento de la citada carga procesal, esta Corporación declaró exequible dicha disposición, bajo el entendido que su finalidad subyace en garantizar la celeridad y eficiencia del proceso (C.P. art. 209), asegurando con ello el debido funcionamiento de la Administración de justicia (C.P. art. 228). Con todo, en la parte motiva de la citada decisión, la Corte limitó el alcance de dicha exigencia procesal exclusivamente al demandando. Así, esta Corporación manifestó:

“La causal de terminación del contrato de arrendamiento por falta de pago de los cánones de arrendamiento, cuando ésta es invocada por el demandante para exigir la restitución del inmueble, coloca al arrendador ante la imposibilidad de demostrar un hecho indefinido: el no pago. No es lógico aplicar a este evento el principio general del derecho probatorio según el cual “incumbe al actor probar los hechos en los que basa su pretensión”. Si ello fuera así, el demandante se vería ante la necesidad de probar que el arrendatario no le ha pagado en ningún momento, en ningún lugar y bajo ninguna modalidad, lo cual resultaría imposible dada las infinitas posibilidades en que pudo verificarse el pago. Precisamente por la calidad indefinida de la negación -no pago-, es que se opera, por virtud de la ley, la inversión de la carga de la prueba. Al arrendatario le corresponde entonces desvirtuar la causal invocada por el demandante, ya que para ello le bastará con la simple presentación de los recibos o consignaciones correspondientes exigidas como requisito procesal para rendir sus descargos. (...)

El desplazamiento de la carga probatoria hacia el demandado cuando la causal es la falta de pago del canon de arrendamiento es razonable atendida la finalidad buscada por el legislador. En efecto, la norma acusada impone un requisito a una de las partes para darle celeridad y eficacia al proceso, el cual es de fácil cumplimiento para el obligado de conformidad con la costumbre y la razón práctica. Según la costumbre más extendida, el arrendatario al realizar el pago del canon de arrendamiento exige del arrendador el recibo correspondiente. Esto responde a la necesidad práctica de contar con pruebas que le permitan demostrar en caso de duda o conflicto el cumplimiento de sus obligaciones. (...)

Para esta Corte es de meridiana claridad que la exigencia hecha al demandado de presentar una prueba que solamente él puede aportar con el fin de dar continuidad y eficacia al proceso, en nada desconoce el núcleo esencial de su derecho al debido proceso, pudiendo éste fácilmente cumplir con la carga respectiva para de esa forma poder hacer efectivos sus derechos a ser oído, presentar y controvertir pruebas. La inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la causal de no pago del arrendamiento, no implica la negación de los derechos del demandado. Este podrá ser oído y actuar eficazmente en el proceso, en el momento que cumpla con los requisitos legales, objetivos y razonables, que permiten conciliar los derechos subjetivos de las partes con la finalidad última del derecho procesal: permitir la resolución oportuna, en condiciones de igualdad, de los conflictos que se presentan en la sociedad” 80.

Posteriormente, en Sentencia C-056 de 199681, la Corte al pronunciarse sobre la constitucionalidad del numeral 3° del párrafo 2° del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, en el que se dispone que, cualquiera que fuere la causal invocada, el arrendatario debe consignar a órdenes del juzgado los cánones que se causen durante el curso del proceso so pena de no ser oído, tuvo la oportunidad de reiterar la doctrina constitucional vertida en sentencia C-070 de 1993, conforme a la cual la exigencia de dicha carga procesal no resulta contraria al debido proceso, pues pretende satisfacer los principios de celeridad y eficiencia de raigambre superior, y además recordó que se trata de una exigencia predicable exclusivamente del demandado o arrendatario. Se dijo entonces:

“(…) si se analiza el numeral 3, que establece la obligación de seguir pagando los cánones que se causen durante el trámite del proceso, so pena de no ser oído, se ve fácilmente cómo existe una relación lógica entre las dos normas. No tendría sentido exigir la consignación de los cánones adeudados, según la demanda, o, en su defecto, la prueba del pago de los correspondientes a los tres últimos períodos, y permitir que luego el arrendador demandado dejara de pagar mientras el proceso se tramitara. La presentación de la demanda no tiene por qué modificar las obligaciones que el contrato de arrendamiento crea para las partes: el arrendador sigue obligado a “conceder el goce de una cosa” y a cumplir concretamente las obligaciones a que se refiere el artículo 1982 del Código Civil, y todo lo que de ellas se deriva; y el arrendatario, “a pagar por este goce”. (…)”82.

De donde resulta que, en el presente caso, no podía el Juzgado Segundo Civil Municipal de

Florencia -Caquetá-, desconocer la legítima intervención del Defensor de Familia, cuyo fundamento radicaba en la legitimatio ad processum prevista en el ordenamiento Superior, a favor de las autoridades del Estado constituidas para proteger los derechos de los niños (C.P. art. 44), bajo el simple argumento de no haberse cancelado los cánones de arrendamiento adeudados por la supuesta arrendataria, señora Ana Elizabeth Gamboa, pues dicha carga -según se ha visto- es únicamente exigible para el demandado, y no para el Defensor de Familia, quien goza de plena capacidad procesal para ejercer las acciones pertinentes ante las autoridades judiciales, en defensa de los derechos de los niños.

En efecto, la intervención del Defensor de Familia dentro del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado promovido por Raúl Ortiz Fajardo contra Ana Elizabeth Gamboa, pretendía la defensa de los derechos fundamentales de los niños Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa a la vivienda digna y a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social (C.P. art. 44), los cuales se encontraban seriamente amenazados a partir de la pretensión de restitución del inmueble objeto de morada familiar promovida por su propio padre.

En el escrito presentado ante el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia, se manifestó por parte del Defensor de Familia que dicho comportamiento desconocía el carácter principalísimo y superior de los derechos de los niños y que, además, frente al negocio jurídico que fundamentaba la orden de desalojo era posible aplicar la exceptio non adimpleti contractus por el incumplimiento de las obligaciones alimentarias del señor Ortiz frente a sus 3 menores hijos.

En virtud de lo anterior, es indiscutible que el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, no sólo incurrió en un desconocimiento constitutivo de vía de hecho por defecto procedimental al extender al Defensor de Familia la carga procesal impuesta por el parágrafo 2º, numeral 2º, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, cuando conforme a su contenido literal y a lo expuesto por la jurisprudencia constitucional, dicha carga solamente le resulta exigible al demandado; sino que también lo hizo al ignorar el valor normativo de la Constitución, que en tratándose de la preservación de los derechos fundamentales de los menores de edad, le reconoce al citado funcionario plena legitimatio ad processum para exigir en todo momento de las autoridades judiciales competentes “su cumplimiento y la sanción de los infractores”, conforme lo establece categóricamente el artículo 44 Superior⁸³.

Por ende, es claro que en el adelantamiento del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado de Raúl Ortiz Fajardo contra Ana Elizabeth Gamboa, se incurrió -en términos de la jurisprudencia constitucional⁸⁴- en una nulidad insubsanable a partir de la providencia del 12 de junio de 2002, en la cual se omitió injustificadamente la intervención procesal del Defensor de Familia, señor Daniel Páez Caicedo, en defensa de los derechos prevalentes de los niños Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa.

(ii) Por otra parte, la obligación del juez accionado de admitir y dar curso a la intervención del Defensor de Familia en defensa de los derechos fundamen-tales de los citados niños, resultaba aún más exigible teniendo en cuenta la existencia de un posible fraude a la ley, a partir de las posibles maniobras jurídicas realizadas con gran habilidad por el señor Ortiz Fajardo, en su condición de abogado titulado, para sustraerse al cumplimiento debido de su obligación alimentaria para con sus tres (3) hijos menores de edad.

Ya la Corte en diversas oportunidades ha señalado que, en estos casos, debe el juez ordinario apelar a lo previsto en el artículo 58 del Código de Proce-dimiento Civil, vinculando ex officio a los representantes legales de los menores de edad para que éstos ejerzan las acciones pertinentes en su defensa⁸⁵, o en su lugar, aplicar lo ordenado en el artículo 32 del Código Menor, informado al Defensor de Familia de la situación de abandono o peligro en que se encuentra el menor, para que sea éste quien adopte las medidas necesarias que aseguren su debida protección⁸⁶. El incumplimiento de cualquiera de las anteriores obligaciones, a juicio de la Corte, es constitu-tiva de vía de hecho por defecto procedimental.

Precisamente, en sentencia T-838 de 2004⁸⁷, al fallar un caso similar al expuesto en esta oportunidad, la Corte declaró la existencia de una vía de hecho en el trámite de un proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado, en el cual existía una duda seria relativa a la existencia del contrato de arrendamiento, pues se alegaba que la tenencia que se detentaba sobre el inmueble correspondía a la forma en la que el demandante cumplía con la obligación alimentaria para con su menor hija. En este caso, la Corte decidió dejar sin valor ni efecto la sentencia proferida dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado, y en su lugar, ordenar la vinculación al proceso de la representante legal de la menor, ya no como demandada en la restitución, sino como garante de los derechos fundamentales de su menor

hija, con pleno respeto de las garantías constitucionales relativas al derecho de defensa y contradicción. En la parte motiva del citado fallo, esta Corporación manifestó:

“Como quedó explicado el Código del Menor tiene previstos distintos procedimientos para que el señor Absalón Soto Jiménez solicite la revisión de la cuota con la que atiende la congrua subsistencia de Johanna Alejandra Soto Martínez -que él mismo se impuso y la madre no objetó-, de manera que el nombrado no podía acudir al proceso de restitución de inmueble arrendado, como efectivamente ocurrió, para despojar a la actora y a la niña de la ocupación del inmueble, después de haber reconocido ante la Fiscalía Delegada 34 de Bogotá, que con dicha ocupación cumplía su obligación alimentaria.

Ahora bien, es cierto que la Jueza accionada no podía tramitar la defensa esgrimida por la señora Martínez, dentro del asunto, en aplicación del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, pero sí tenía que advertir el posible fraude denunciado por la madre y persona encargada de la custodia y cuidado personal de la menor Johanna Alejandra, establecido en el expediente -como lo está- que el padre pretende hacer nugatorio el derecho de la menor y de su madre a mantenerse en el inmueble, hasta que el juez de familia disponga lo contrario.

Es que el artículo 58 del Código de Procedimiento Civil dota a los jueces de una facultad que debe ser utilizada cuando adviertan colusión o fraude, y consiste en convocar a las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, en cualquier etapa del proceso, sin que para el efecto requieran consignar suma alguna a órdenes del Juzgado, como tampoco mostrar recibos de ninguna clase.

De modo que la Jueza accionada, si bien no podía oír a la señora Martínez como demandada, tenía que hacerlo como representante y encargada de la custodia y cuidado personal de Johanna Alejandra. Entonces al omitir ese deber incurrió en vía de hecho y deberá enmendar la actuación.

En este punto cabe anotar que el Código del Menor dispone que toda persona que tenga conocimiento de la situación de abandono o de peligro en que se encuentra un niño, deberá poner al tanto de la situación al defensor de familia del lugar más cercano o, en su defecto, a la autoridad de policía, para que se tomen de inmediato las medidas necesarias para su protección -artículo 32 D. 2737 de 1989-, de modo que la Jueza accionada estaba en el deber

de informar a Bienestar Familiar que Johanna Alejandra y su madre serían desalojadas del inmueble en que habitan, a efectos de que un defensor adoptara los correctivos del caso.

En consecuencia, las sentencias de instancia serán revocadas, para ordenar a la Juez Cuarenta y Uno Civil Municipal de Bogotá dejar sin valor ni efecto la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2003, y en su lugar disponga la convocatoria al proceso de la señora Lucila Martínez, con el fin de que defienda sus intereses y los de su hija, en calidad de directas perjudicadas con la pretensión de restitución promovida por el progenitor de la menor.

Ello sin perjuicio del derecho del señor Soto Jiménez a solicitar la revisión de la cuota alimentaria y garantizar su cumplimiento, ante el juez de familia, del domicilio de la menor, si así lo considera” 88.

Con posterioridad, en sentencia T-162 de 200589, la Corte reiteró la obligación que les asiste a las autoridades judiciales de oír al demandando o los terceros con interés, cuando existan serios indicios que comprometen la validez del negocio jurídico que fundamenta la restitución del bien arrendado. Al respecto, esta Corporación sostuvo:

“[C]uando el párrafo 2º, numeral 2º, del artículo 424 del Código de Procedimiento Civil dispone que no se oirá al demandado si no cancela los cánones adeudados, parte de la base de la existencia de un contrato de arriendo incumplido, cuya prueba ha sido aportada con la demanda. Pero si, por la razón que fuere, el juez encuentra un motivo grave para dudar de la validez de la prueba aportada, como sucede en este caso, mal haría en aplicar automáticamente la disposición.

En efecto, la decisión judicial no consiste en la imposición irreflexiva de las consecuencias previstas en las normas, sin una evaluación particularizada de la situación de hecho sujeta a examen, para determinar que ella sea realmente la premisa de aplicación de la disposición.

La actividad judicial debe estar presidida por la virtud de la prudencia, que exige al juez obrar con cautela, moderación y sensatez a la hora de aplicar la ley, más cuando, como en el caso de autos, la aplicación automática de las normas puede conducir a una restricción excesiva de derechos fundamentales, en este caso el derecho al debido proceso, concretamente en sus garantías de defensa y contradicción.

Es decir, en el concreto y particular caso de autos, la inaplicación de la norma que exige que

para ser oído en juicio el demandado debe probar que se han cancelado los cánones que se denuncian en mora, no obedece a la inconstitucionalidad de la disposición, sino a que se ha puesto en manos del juez una prueba relevante que hacer surgir una duda grave sobre la existencia del contrato de arriendo y de la deuda por concepto de mensualidades en mora. Así pues la inaplicación de la disposición obedece a tal grave duda respecto del presupuesto fáctico de aplicación de la misma.

(...)

Así las cosas, la Sala revocará la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería que decidió denegar la acción de tutela por improcedente, y en su lugar tutelaré el derecho al debido proceso del demandante, concretamente en lo que se refiere a las garantías de defensa y contradicción probatoria; para esos efectos, ordenará la suspensión inmediata del proceso civil de restitución de inmueble arrendado, hasta tanto se establezca por las autoridades competentes de la jurisdicción penal si se cometieron o no los delitos de fraude procesal o de falso testimonio, en relación con la prueba del contrato de arriendo presentada con la demanda que dio inicio a dicho proceso. En el caso de que dentro del mencionado proceso ya se haya dictado Sentencia ordenando la restitución del inmueble, el juez de conocimiento deberá declarar su nulidad, y no reponer la actuación declarada nula hasta tanto no se decida el asunto penal”.

Conforme a lo expuesto, se puede concluir que la omisión en el cumplimiento de la obligación que les asiste a las autoridades judiciales de convocar al proceso de restitución de inmueble arrendado a los representantes legales o al Defensor de Familia, es constitutiva de vía de hecho, cuando de los elementos de juicio que acompañan al proceso se vislumbra la posible configuración de un fraude a la ley o la existencia de un vicio que comprometa la validez del negocio jurídico que soporta la pretensión de restitución, y que por sus efectos puede llegar a comprometer las garantías mínimas de los niños, pues dicha circunstancia implica la existencia de una restricción excesiva de los derechos fundamentales de los citados menores de edad, como lo son los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción

En el caso sub-judice, es innegable que en el trámite del proceso abreviado de restitución de inmueble arrendado de Raúl Ortiz Fajardo contra Ana Elizabeth Gamboa, se incurrió en una

flagrante violación al debido proceso, pues se desconoció el legítimo derecho que le asistía al Defensor de Familia, para velar por la protección de los derechos fundamentales de los niños, los cuales estaban siendo amenazados por la ejecución de un contrato de arrendamiento mediante el cual se configuraba un supuesto fraude a la ley, al tratar de burlar el cumplimiento de una obligación alimentaria frente a menores de edad.

En efecto, del material probatorio que acompaña la presente actuación, puede deducirse que desde el día en que el señor Ortiz Fajardo dejó de convivir en familia (14 de diciembre de 2001), cesó igualmente en el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias para con sus hijos, circunstancias que fueron puestas de presente por el Defensor de Familia al Juez Segundo Civil Municipal de Florencia-Caquetá-, en el proceso abreviado incurrido en vía de hecho.

Lo anterior, se concluye a partir de un análisis global de los siguientes hechos:

En primer lugar, en declaración efectuada por la señora Ana Elizabeth Gamboa ante el juez de tutela, se sostiene que el señor Raúl Ortiz Fajardo aportó el canon de arrendamiento sobre el apartamento como pago por su obligación alimentaria. Frente a la pregunta: ¿En qué circunstancia nació el contrato de arrendamiento base del proceso en que se dispuso el lanzamiento y que se le pone de presente?; la señora Gamboa contestó:

“ (...) Pues a través de que ya no se podía convivir en familia, RAÚL me propuso que me quedara con el local comercial y el apartamento (...), para arreglar lo que teníamos, entonces él me dijo que le firmara dos contratos de arrendamiento, uno para el local y otro para el apartamento, y como yo estaba frente al negocio y a todos los gastos de la casa, me sentí asustada porque tenía una deuda como de doce millones de pesos, como era temporada de diciembre, yo había pedido una mercancía y el local que era donde yo estaba o donde estoy trabajado se encontraba en esos días cerrado en plena temporada, entonces a través de eso como yo era la responsable de todos los gastos, él me dijo que firmara esos dos contratos, o sino que no me dejaba ninguna de las dos cosas, como yo estaba en un momento de desesperación, los firmé, y seguí pagándole. Entonces RAÚL me dijo que le diera los primeros cuatrocientos cincuenta mil del arriendo del local, y que lo del apartamento se los dejaba a los niños como cuota alimentaria (...)”

En segundo lugar, en la declaración del señor Raúl Ortiz Fajardo, éste no logró explicar la

forma cómo se allanó al cumplimiento de la obligación alimentaria para con sus hijos, a partir del momento en que cesó la vida en común con la señora Ana Elizabeth Gamboa. Al respecto, se limitó a manifestar que les compraba algunos bienes y que, eventualmente, les regalaba dinero. Además, pretendió fundamentar el cumplimiento de su obligación alimentaria a través de un acta de conciliación, cuyo acuerdo se efectuó 5 meses después de abandonar el núcleo familiar.

Obsérvese cómo de las respuestas rendidas ante el juez de tutela se evidencia que, más allá del suministro de algunas dádivas de menor entidad, en realidad el señor Ortiz Fajardo no cumplió con su obligación alimentaria frente a sus menores hijos, en los términos previstos en el artículo 133 del Código del Menor⁹⁰. A la pregunta del Juez de Tutela: ¿En el tiempo transcurrido entre el día que usted decidió salir de casa y la conciliación de los alimentos, de qué modo contribuía a la cuota alimentaria de los menores procreados con Ana Elizabeth?; el señor Ortiz respondió:

“(…) Lo hacía económicamente, es decir, en efectivo en las escaleras de la casa o mejor del apartamento, se los entregaba personalmente a mis hijos, Elizabeth Asunción, Leydi Paola, Raúl Joaquín, lo hacía por lo general los fines de semana, en diciembre les di para que compraran una muda de ropa cada uno, inclusive esa plata la saco de mi cuenta corriente por intermedio del cajero del Banco de Occidente, a (sic) mi hijo Raúl, le di un TV. de 14 pulgadas nuevecito y a los pocos días me contó que su mamá lo había puesto en el negocio para la venta y que lo había vendido con el cuento que después se lo reponía. Ahí sucesivamente iban cada fin de semana unas veces cincuenta mil pesos, otras ochenta mil, eso porque a fin de año habían mejores ingresos de negocios que gestiono. Ya cuando entraron a estudiar me pidieron para uniformes de porristas y como son dos niñas me pidieron a ciento treinta mil pesos cada una, una noche le di a una y el día siguiente me comprometí a darle a la otra porque no me alcanzaba el dinero y así fui al otro día y lo conseguí y se lo di, para que quedaran ambas satisfechas, y así en muchas oportunidades les he dado dinero para que satisfagan sus necesidades, hasta cuando se presentó la conciliación (…)”

Llama la atención a esta Corporación, que una persona con un gran conocimiento del derecho, como lo es el abogado Ortiz Fajardo, no hubiere adoptado un comportamiento orientado a probar posteriormente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, y que

por el contrario, hubiere acudido al ardid de unos contratos de arrendamiento para evadir el cumplimiento de sus compromisos familiares y obtener la restitución del inmueble destinado a la vivienda de sus pequeños hijos. En efecto, para nadie es un secreto que la obligación alimentaria se cumple ante el padre que detenta la tenencia de los menores y no, como lo pretende hacer ver en este caso, ante infantes de escasos quince, doce y diez años de edad, que por tratarse de incapaces están sujetos a representación legal (arts. 1504, 1505 y 1634 del Código Civil), y, por lo mismo, no están en capacidad de acreditar el supuesto pago.

El incumplimiento de la obligación alimentaria del señor Ortiz Fajardo y las graves presiones ejercidas sobre la señora Elizabeth Gamboa para cancelar una obligación inválida de pagar un canon de arrendamiento, determinó que, como última alternativa de defensa, dicha señora promoviese un proceso de alimentos para salvaguardar al menos el derecho a la vivienda digna de sus pequeños hijos. Según constancia del Juez Tercero Promiscuo de Familia de Florencia - Caquetá -, el citado proceso inició el día 22 de febrero de 2002 y paradójicamente culminó con el señalamiento de una cuota de \$ 300.000.00 pesos, suma manifiestamente inferior a los \$ 400.000.00 pesos que el señor Raúl Ortiz Fajardo le exigía a la señora Ana Elizabeth Gamboa, como canon de arrendamiento para garantizar tan sólo la vivienda de sus hijos, sin incluir lo correspondiente a alimentación, vestuario, educación, recreación, etc⁹¹.

Todo parece indicar que en el momento en que la señora Ana Elizabeth Gamboa decidió acudir a la jurisdicción de familia para obligar al señor Ortiz a cancelar sus obligaciones por alimentos, con el propósito de asegurar al menos la vivienda de sus hijos y dejar de soportar la presión por el cobro de los cánones de arrendamiento; el accionante inició un proceso de lanzamiento, coetáneamente a la notificación del auto admisorio de la demanda de alimentos que se interpuso el 21 de febrero de 2003. En efecto, aparece el 22 de marzo de 2003 como el día de presentación de la demanda de restitución, fecha en la cual -siguiendo el cómputo normal de los términos judiciales-, debió haberse notificado el auto admisorio de la demanda de alimentos.

Nótese cómo el accionado en las declaraciones ante el Juez de Tutela, en primer término, manifiesta que el contrato de arrendamiento es un mero negocio civil que no se relaciona con sus obligaciones alimentarias y, después, denota que la interposición de la demanda de restitución se debió a que la señora Ana Elizabeth Gamboa, decidió acudir a la jurisdicción de

familia para exigir el cumplimiento de las prestaciones alimentarias a su cargo.

Frente a la pregunta del Juez de Tutela: ¿Qué relación guarda el contrato de arrendamiento que se le pone de presente, cuya copia proviene del Juzgado Segundo Civil Municipal de esta ciudad, con el asunto de los alimentos y con el de la sociedad que acabamos de referir?; contestó: “No guarda ningún tipo de relación el contrato de arrendamiento del apartamento que se me pone de presente, con los alimentos de mis hijos. Este negocio o contrato es personal entre el suscrito y la señora Ana Elizabeth Gamboa Vargas (...)”. Más adelante, nuevamente pregunta el Juez de Tutela: ¿En qué circunstancia nació el mentado contrato de arrendamiento?; el accionado señaló: “[relata problemas de convivencia y concluye:] entonces llegamos a un acuerdo amigable que los dejaría en la vivienda e incluso en el local comercial junto con todos los elementos que componía el ente, pero que firmara unos contratos de arrendamiento y que yo le contribuiría independientemente de los contratos al sostenimiento de los hijos, y así lo hice a pesar de que Ana Elizabeth no me canceló sino el primer mes, pero de pronto le parecía insuficiente y optó por colocar la demanda de alimentos en el Juzgado de Familia y a la que se ha hecho referencia en la conciliación. Aclaro nuevamente que los contratos de arrendamiento no tienen nada que ver por mis hijos ni respecto de alimentos para los mismos, es una relación solamente contractual (...). Y el hecho de haberse iniciado las correspondientes acciones judiciales fue porque no dio cumplimiento a los pagos a que estaba obligada (...)”.

Se cuestiona esta Corte: ¿Por qué el accionado considera que a la señora Ana Elizabeth Gamboa “le parecía insuficiente” y “opto por colocar la demanda de alimentos”, si él - supuestamente- no tenía acuerdo alguno con dicha señora y, además, cumplía fielmente con sus obligaciones alimentarias?

Dos son las respuestas posibles a este interrogante.

Por una parte, que a la Señora Ana Elizabeth Gamboa le parecía insuficiente las dádivas que el señor Ortiz Fajardo les daba a sus hijos y que, por lo tanto, bajo su propia concepción de justicia, procedió a interponer una demanda ante la jurisdicción de familia, con el propósito de obtener la fijación de una verdadera cuota alimentaria. Sin embargo, por dos razones esta conclusión no se ajusta a la realidad: (i) Según el Diccionario de la Real Academia de la

Lengua Española, la calificación de “suficiencia” hace relación a “algo” que por su propia idoneidad resulta “bastante para lo que se necesita”⁹². En este caso, como se dijo con anterioridad, las dádivas no pueden considerarse como suficientes o insuficientes dada su falta de aptitud o de capacidad para satisfacer la obligación alimentaria del señor Ortiz Fajardo; (ii) Las declaraciones de las partes y, mas aún, de la menor Elizabeth Asunción Ortiz Gamboa, denotan que, en ningún momento, las citadas dádivas constituyeron para la señora Ana Elizabeth ni para sus hijos, un apoyo económico que se calificara como propio de una obligación alimentaria. Al respecto, veamos la declaración de la citada menor⁹³. Pregunta el Juez de Tutela: ¿Díganos, cómo se siente usted y sus hermanos LEYDI PAOLA y JOAQUÍN RAÚL, en relación con la situación familiar porque atraviesan?; contestó: “Pues mis hermanos a pesar de lo que está pasando no nos sentimos muy bien por lo que hace mi papá (sic), por lo que nos saca de la casa como si no fuéramos hijos de él”. Más adelante, nuevamente pregunta el Juez de Tutela: ¿Reciben apoyo económico”; la menor señaló: “No señor, que yo me dé cuenta no”.

Por otra parte, quizás tenga razón la señora Ana Elizabeth Gamboa, en cuanto a que las sumas por canon de arrendamiento correspondían a la obligación por alimentos que el señor Ortiz Fajardo debía cumplir. Al respecto, los siguientes elementos de juicio permiten ratificar esta posición.

La respuesta es contundente. Se deriva no sólo de lo expuesto, sino también del análisis - bajo los principios de la sana crítica- del material probatorio previamente reseñado⁹⁴. En conclusión, ¿qué fue insuficiente y qué motivo el proceso de alimentos?.

Por un lado, el hecho de que el señor Raúl Ortiz Fajardo se comprometiera a

aportar el inmueble como habitación de sus hijos, mientras que, por el otro lado, ayudado en la existencia de un contrato legalmente exigible, lo usara constantemente como mecanismo de presión ante la señora Ana Elizabeth Gamboa. ¿Con qué propósito?. Imposible saberlo, pero quizás si empujado por esos sentimientos de rechazo que surgen a partir de separaciones conflictivas, lo cual se manifestó, según declaraciones, en actos de intranquilidad domiciliaria⁹⁵. Obsérvese como, la señora Ana Elizabeth Gamboa, día a día, se encontraba ante la disyuntiva de asumir los cánones como alimentos de sus hijos o, por el contrario, no tenerlos como tal, siempre que el señor Ortiz se aparecía en su hogar para

exigir su pago. Por eso, ante dicha inestabilidad emocional y, además, motivada por las dificultades prácticas de no tener certeza sobre su situación personal y las de sus hijos, es que se explica la interposición de la demanda por alimentos ante la jurisdicción de familia. En efecto, era necesario definir mediante la intervención de la Administración de justicia la vivienda para sus hijos, antes que, su padre -en cualquier momento- hiciera efectivo el contrato y los deshabitara de su propio hogar.

De lo expuesto se concluye que existen suficientes elementos de juicio para deducir a simple vista que la pretensión de restitución del inmueble que servía de vivienda familiar para los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, escondía como lo puso de presente el Defensor de Familia, el ánimo del señor Ortiz Fajardo de sustraerse al cumplimiento de su obligación alimentaria y que, en esa medida, era obligación del juez accionado convalidar y admitir la intervención de la autoridad estatal de protección a la niñez, con miras a asegurar la prevalencia de los derechos de los niños. El desconocimiento de la citada obligación, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, es constitutiva de vía de hecho por defecto procedimental, al permitir la aplicación de una restricción excesiva sobre los derechos fundamentales de los citados niños, como lo son los derechos al debido proceso, a la defensa y a la contradicción.

Orden de protección a favor de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa.

32. Partiendo de las anteriores consideraciones, para la Corte ha quedado plenamente definido que en el presente caso el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, incurrió en vía de hecho por defecto procedimental en la sentencia del 12 de junio de 2002, mediante la cual se negó injustificadamente admitir y convalidar la intervención del Defensor de Familia, en defensa de los derechos fundamentales de los niños Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa a la vivienda digna y a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social.

Dicha decisión conforme a lo expuesto en esta providencia, y teniendo en cuenta los precedentes proferidos por esta misma Corporación, es constitutiva de nulidad insubsanable, que en la instancia de tutela se corrige declarando sin ningún valor ni efecto, la sentencia incurso en vía de hecho.

Ahora bien, como el efecto de la nulidad es retrotraer las cosas al estado anterior, debe adoptarse una orden por el juez de tutela que permita hacer efectiva dicha decisión. Para el efecto, como en el presente caso, según se expuso en los antecedentes, la orden de desalojo tuvo lugar el día 6 de noviembre de 2002, debe remediarse dicha situación asegurando el derecho fundamental a la vivienda digna que de haberse admitido la intervención del Defensor de Familia, posiblemente se hubiese preservado.

En este orden de ideas, la Corte declarará sin ningún valor ni efecto la sentencia proferida el día 12 de junio de 2002 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, en el proceso abreviado de restitución de tenencia promovido por Raúl Ortiz Fajardo contra Ana Elizabeth Gamboa. En consecuencia el juez accionado deberá (i) en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, admitir la vinculación del Defensor de Familia, señor Daniel Páez Caicedo, en calidad de representante de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, en los términos previstos en el artículo 44 Superior, con el propósito de permitir la defensa de sus derechos fundamentales a la vivienda digna y a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social; (ii) Continuar el trámite del proceso abreviado de restitución de tenencia hasta proferir la decisión que corresponda, con el pleno respeto de las garantías constitucionales de los citados menores de edad.

Como consecuencia de lo anterior, y para efectos de restablecer los derechos fundamentales amparados en esta providencia, es obligación del Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, (i) asegurar que la tenencia del bien inmueble ubicado en el segundo piso de la carrera 13 No. 13-35 de la ciudad de Florencia, sea efectivamente restituida a la señora Ana Elizabeth Gamboa y a los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, en caso de encontrarse el citado inmueble en manos del señor Raúl Ortiz Fajardo o de un tercero a título gratuito. (ii) Si se llegare a acreditar la existencia de un contrato de arrendamiento sobre el mismo, en el término anteriormente expuesto, la citada autoridad judicial deberá adoptar las medidas que resulten indispensables para asegurar que los cánones de arrendamiento se pongan a disposición de la señora Ana Elizabeth Gamboa, a título de alimentos provisionales para sus menores hijos. (iii) En caso de haberse transferido la propiedad, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, en el mismo término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, deberá informar

ese acontecimiento a la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Florencia, para que ésta proceda de acuerdo con su competencia.

33. Finalmente, teniendo en cuenta los hechos relacionados en el presente proceso, esta Corporación estima igualmente necesario compulsar copias de la presente actuación a la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Florencia, pues del conjunto de irregularidades mencionadas en esta providencia, se derivan serias implicaciones penales que hacen necesario que se inicien las investigaciones correspondientes, a saber:

En primer lugar, se relaciona por el defensor de familia que persiste el incumplimiento en el pago de la obligación que por alimentos tiene el señor Raúl Ortiz Fajardo frente a los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa⁹⁶.

En segundo término, es posible que se haya incurrido en la conducta punible de fraude procesal, pues según se deriva del material probatorio, todo parece indicar que el inmueble que habitaban los menores fue entregado por el señor Ortiz Fajardo como aporte por concepto de alimentos, lo que podría llegar a significar que mediante la ejecución del supuesto contrato de arrendamiento, se indujo en error al Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá- obteniendo un fallo favorable, que le permitió al señor Ortiz Fajardo abstenerse ilegalmente al cumplimiento del deber alimentario para con sus menores hijos.

En tercer lugar, una vez analizadas en su conjunto las distintas actuaciones desarrolladas por el señor Ortiz Fajardo, las mismas pueden tipificar el delito de violencia síquica intrafamiliar, pues no le bastó con desalojar a sus hijos de la vivienda familiar, sino que también ha perseguido a la señora Ana Elizabeth Gamboa, impidiéndole a ésta el ejercicio de las actividades económicas que le permitan sufragar las necesidades mínimas de Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa.

Por último, esta Corporación también compulsará copias de la presente actuación, al Consejo Seccional de la Judicatura de Florencia, para que de estimarlo procedente, determine si el comportamiento del señor Raúl Ortiz Fajardo es constitutivo de violación a los deberes profesionales.

IV. DECISION.

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

RESUELVE

Primero. REVOCAR la sentencia del quince (15) de agosto de 2002 proferida por la Sala Civil, Familia y Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Caquetá, mediante la cual se denegó el amparo solicitado.

Segundo. En consecuencia, DECLARAR SIN NINGUN VALOR NI EFECTO, por resultar violatoria de los derechos fundamentales de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, a la vivienda digna y a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social (C.P. art. 44), la sentencia proferida el día 12 de junio de 2002 por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, en el proceso abreviado de restitución de tenencia promovido por Raúl Ortiz Fajardo contra Ana Elizabeth Gamboa.

Tercero. Para efectos de restablecer los derechos fundamentales amparados en esta providencia, el Juez Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá- deberá (i) en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, admitir la vinculación del Defensor de Familia, señor Daniel Páez Caicedo, en calidad de representante de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, en los términos previstos en el artículo 44 Superior, con el propósito de permitir la defensa de sus derechos fundamentales a la vivienda digna y a tener un nivel de vida adecuado para su sano desarrollo físico, mental y social; (ii) Continuar el trámite del proceso abreviado de restitución de tenencia hasta proferir la decisión que corresponda, con el pleno respeto de las garantías constitucionales de los citados menores de edad.

Como consecuencia de lo anterior, es obligación igualmente del Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, (i) asegurar que la tenencia del bien inmueble ubicado en el segundo piso de la carrera 13 No. 13-35 de la ciudad de Florencia, sea efectivamente restituida a la señora Ana Elizabeth Gamboa y a los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola

y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, en caso de encontrarse el citado inmueble en manos del señor Raúl Ortiz Fajardo o de un tercero a título gratuito. (ii) Si se llegare a acreditar la existencia de un contrato de arrendamiento sobre el mismo, en el término anteriormente expuesto, la citada autoridad judicial deberá adoptar las medidas que resulten indispensables para asegurar que los cánones de arrendamiento se pongan a disposición de la señora Ana Elizabeth Gamboa, a título de alimentos provisionales para sus menores hijos. (iii) En caso de haberse transferido la propiedad, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Florencia -Caquetá-, en el mismo término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, deberá informar ese acontecimiento a la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Florencia, para que ésta proceda de acuerdo con su competencia.

Cuarto. COMPÚLSESE copias de la presente actuación a la Fiscalía Quinta Delegada ante los Jueces Penales Municipales de Florencia, para que ésta proceda de acuerdo con su competencia, y al Consejo Seccional de la Judicatura de Florencia, para que de estimarlo procedente, determine si el comportamiento del señor Raúl Ortiz Fajardo es constitutivo de violación a los deberes profesionales.

Quinto. Para efectos de adelantar la orden dispuesta en el numeral 4°, REMÍTASE copia íntegra del expediente y de la presente providencia.

Sexto. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

Séptimo. LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Niños de 15, 12 y 10 años de edad, respectivamente.

2 Véase folio 92 del cuaderno de tutela. La citada certificación señala que: "...[E]n este Juzgado se encuentra en trámite demanda ordinaria de constitución, disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, de ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS, mediante apoderado judicial contra RAUL ORTIZ FAJARDO, la cual fue admitida mediante interlocutorio # 220 del 2 del presente mes del año en curso. (...) Actualmente el proceso se encuentra en la ejecutoria del auto admisorio y una vez en firme tal determinación se precederá al traslado de la misma, al demandado".

3 Dispone la citada Resolución (Folio 9):

"(...) EL SUSCRITO DEFENSOR DE FAMILIA DEL I.C.B.F.

En uso de sus facultades legales del D. 2737 de 1989. Art. 4 Literal d.

Por e cual asigna custodia provisional de los menores: ELIZABETH ASUNCIÓN, LEYDI PAOLA, JOAQUÍN RAÚL ORTIZ GAMBOA a la señora: ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS.

CONSIDERANDO

1. Que la señora ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS, identificada con KC. No. 40. 765. 452 Exp. en Florencia, ha demostrado nexo legal en su calidad de Madre de los menores: ELIZABETH ASUNCIÓN, LEYDI PAOLA, JOAQUÍN RAÚL ORTIZ GAMBOA: De trece, once, nueve años de edad.

2. Por cuanto los menores: ELIZABETH, LEYDI, JOAQUÍN en entrevista, en Defensoría de Familia del Centro Zonal Caquetá I, el día 28 de Febrero del año 2002, han solicitado reiteradamente estar al lado de su madre.

3. Teniendo en cuenta la situación irregular en que se encuentran los menores de trece, once

y nueve años edad.

4. La estabilidad emocional, afectiva, económica y demás que ha demostrado la señora madre con los menores.

5. Por lo demás que se puedan considerar.

RESUELVE

Primero: Asignar custodia provisional de los menores ELIZABETH ASUNCIÓN, LEYDI PAOLA, JOAQUÍN RAÚL de trece, once, nueve años de edad, a partir de la fecha dieciocho (18) de febrero del año 2002 a la señora: ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS, identificada con C.C. No. 40.765.452 de Florencia (Caquetá) para la atención y cuidado de los menores: ELIZABETH ASUNCIÓN, LEYDI PAOLA, JOAQUÍN RAÚL ORTIZ GAMBOA, con las obligaciones anexas.

SEGUNDO: Presentar a los menores periódicamente, cada vez que lo solicite este despacho de Defensoría de familia I.C.B.F, e informar periódicamente”.

4 Véase folio 72 del cuaderno de tutela.

5 Véase folio 173 del cuaderno de tutela.

6 Véase folio 12 Cuaderno de tutela. Dispone la norma en cita: “(...) Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto se demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, a favor de aquél”.

7 Véase folio 2 del cuaderno de tutela.

8 Sentencia T-589 de 2001. M.P. Álvaro Tafur Galvis. (Subrayado por fuera del texto original).

9 Véase folio 180 del expediente de tutela.

10 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

11 Sentencia T-139 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

12 Así, en Sentencia T-899 de agosto 23 de 2001 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), esta Corporación sostuvo que: "...La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo".

13 En relación con esto último, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 respalda el criterio de interpretación de la Corte al disponer: "Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por si misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales".

14 Sentencia T-531 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

15 Véase, sentencias T-462 de 1993, T-498 de 1994 y T-408 de 1995.

16 Subrayado por fuera del texto original.

17 Sentencia T-498 de 1994. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. Véase, también, la sentencia T-462 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

18 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

19 En virtud de ese alcance del artículo 44 Superior, refrendado por múltiples normas de derecho internacional, en la Sentencia C-459 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional condicionó la exequibilidad del requisito de la querrela en materia penal,

de la siguiente forma: "Declarar EXEQUIBLE el artículo 33 del Decreto 2700 de 1991, modificado por el artículo 2 de la ley 81 de 1993, siempre que se entienda que los delitos que allí se enuncian y que se cometan contra menores, no quedan sujetos, como condición de procesabilidad, a la formulación de la respectiva querella"

20 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

21 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

22 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

23 Niños de 15, 12 y 10 años de edad, respectivamente.

24 Folio 9 del cuaderno de tutela.

25 Véase, fundamento número 4 de esta providencia.

26 Véase: Sentencia T-1169 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

27 Véase: Sentencia T-056 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

28 Sentencia T-082 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

30 Dispone la norma en cita: "ARTICULO 1504. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.

Sus actos no producen ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

INC. 3º—Modificado. D. 2820/74, art. 60. Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos".

31 Subrayado por fuera del texto original.

32 Subrayado por fuera del texto original.

33 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

34 Subrayado por fuera del texto original.

35 Subrayado por fuera del texto original.

36 Subrayado por fuera del texto original.

37 Subrayado por fuera del texto original.

38 Dispone la norma en cita: “Artículo 136. En caso de incumplimiento de la obligación alimentaria para con un menor, cualquiera de sus padres, sus parientes, el guardador o la persona que lo tenga bajo su cuidado, podrán provocar la conciliación ante el Defensor de Familia, los jueces competentes, el Comisario de Familia, o el Inspector de los corregimientos de la residencia del menor, o éstos de oficio”.

39 Al respecto, determina la citada disposición: “Artículo 13. En los juicios de filiación ante el juez de menores tiene derecho a promover la respectiva acción y podrán intervenir: la persona que ejerza sobre el menor la patria potestad o guarda, la persona natural o jurídica que haya tenido o tenga el cuidado de su crianza o educación, el defensor de menores y el Ministerio Público, En todo caso, el defensor de menores será citado al juicio”.

40 Subrayado por fuera del texto original.

41 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

42 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

43 Véase, el artículo 136 del Código del Menor, en tratándose de la preservación del derecho de los alimentos, y el artículo 13 de la Ley 75 de 1968, en lo que respecta al proceso de filiación.

44 En relación con la interpretación de la Constitución a partir de su propio texto, véase la Sentencia T-983 A de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

45 Como lo ha reconocido esta Corporación en varios casos de tutela. Véase, por ejemplo, las sentencias T-462 de 1993, T-498 de 1994, T-408 de 1995 y T-041 de 1996.

46 Gaceta Constitucional No. 85, páginas 6 y 7.

47 Sobre la intimidad en sus diversas esferas de protección puede consultarse la sentencia T-787 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

48 Dispone, al respecto, el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil: “Agencia oficiosa procesal. Se podrá promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder, siempre que esté ausente o impedida para hacerlo; para ello bastará afirmar dicha circunstancia bajo juramento que se entenderá prestado por la presentación de aquélla.

El agente oficioso deberá prestar caución dentro de los diez días siguientes a la notificación a él del auto que admita la demanda, para responder de que el demandante la ratificará dentro de los dos meses siguientes. Si éste no la ratifica, se declarará terminado el proceso y se condenará al agente, a pagar las costas y los perjuicios causados al demandado.

La actuación se suspenderá una vez practicada la notificación al demandado del auto admisorio de la demanda.

El agente deberá obrar por medio de abogado inscrito, salvo en los casos exceptuados por la ley”. (Subrayado por fuera del texto original).

49 Véase, sentencias T-462 de 1993, T-498 de 1994, T-408 de 1995, T-143 de 1999, T-963 de 2001 y T-864 de 2002.

50 Sentencia T-881 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

51 Esta Corporación en relación con los objetivos del Estado Social de Derecho, sentencia T- 426 de 1992, dijo: “El Estado social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándoles asistencia y protección.”. Igualmente debe resaltarse la Sentencia T-505 de 1992, cuando señala que los principios básicos del Estado Social de Derecho, son la dignidad humana y la solidaridad, y que este último no sólo “se circunscribe a eventos de catástrofes,

accidentes o emergencias, sino que es exigible también ante situaciones estructurales de injusticia social, en las cuales la acción del Estado depende de la contribución directa o indirecta de los asociados”.

53 Subrayado por fuera del texto original.

54 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

55 Subrayado por fuera del texto original.

56 Sentencia C-041 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

57 Subrayado por fuera del texto original.

58 Para ilustrar mejor la anterior conclusión, la doctrina procesal ha sostenido: “Ciertamente, el Decreto 2737 de 1989, al regular las numerosas funciones del defensor de familia, dispone en el numeral 1 del art. 277, como primera de ellas, ‘Intervenir en interés de la institución familiar y del menor en los asuntos judiciales y extrajudiciales, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 2272 de 1989 y en el presente Código’.

Esta clara disposición muestra que en los asuntos judiciales la intervención del defensor de familia está supeditada por lo previó el art. 11 del Decreto 2272 de 1989 y por lo que ese mismo Estatuto contempla y no da pie para sostener que en todo asunto judicial donde esté de por medio el interés de un menor de edad se impone la intervención del defensor de familia, pues es menester que una norma expresamente lo imponga. (...)

Y es que si el Código del Menor hubiese querido que en todo proceso donde esté de por medio el interés del menor de edad se cite obligatoriamente al defensor de familia, así lo hubiera hecho mediante disposición general y no hubiera señalado casos especiales, como ha sido el expreso deseo del legislador, máxime si se ha mantenido la intervención en defensa del menor del Ministerio Público (...) Es más, si se acude el artículo 11 del Decreto 2272 de 1989 se arriba a idéntica conclusión: sólo en casos expresamente previstos por la Ley es obligación citar al defensor de familia; se equivocan quienes exigen que se les cite y corra traslado en procesos como el de divorcio, nulidad de matrimonio civil, liquidación de sociedades conyugales, separaciones de cuerpos y de bienes, aún las de común acuerdo, debido a que la norma señala: Defensor de Familia. ‘El defensor de familia intervendrá en

nombre de la sociedad y en interés de la institución familiar, en los procesos que se tramiten ante esta jurisdicción y en los que actuaban el defensor de menores, sin perjuicio de las facultades que se le otorgan al Ministerio Público', o sea que esa intervención se da es en los procesos donde antes estaba prevista la participación del desaparecido defensor de menores y no en todos los procesos, como se ha creído.

Y es que la frase central 'en los procesos que se tramitan ante esta jurisdicción y en los que actuaba el defensor de menores', debe ser entendida en su claro y lógico sentido, se deberá citar al defensor de familia en los proceso donde antes era obligación hacerlo respecto del defensor de menores, no en todos los procesos, pues si de ello se hubiera tratado sobraba por entero la cualificación 'y en los que actuaba el defensor de menores'. (...)” LÓPEZ BLANCO. Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano. Parte General. Tomo I. Editorial ABC. Bogotá. Págs. 177 a 179.

59 Así, por ejemplo, en sentencia T-838 de 2004 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la Corte concluyó que en los procesos de restitución de inmueble arrendado, cuando se presenta alguna circunstancia que permita inferir un posible fraude a la ley, y el mismo pueda resultar lesivo de los derechos de los niños, es obligación de la autoridad judicial poner al tanto de dicha situación al defensor de familia, conforme a lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2737 de 1989, para se adopten de inmediato las medidas necesarias para su protección.

60 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

61 Véase, fundamento No. 20 de esta providencia.

62 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

63 Subrayado por fuera del texto original. Reiteración de jurisprudencia, entre otros, en los Autos 024, 025, 040, 069 y 072 de 2001.

64 M.P. Fabio Morón Díaz.

65 Subrayado por fuera del texto original.

66 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

67 Niños de 15, 12 y 10 años de edad, respectivamente.

68 Conforme a los registros de nacimiento incorporados al expediente de tutela, los señores Raúl Ortiz Fajardo y Ana Elizabeth Gamboa tienen la condición de padres de los menores Elizabeth Asunción, Leidy Paola y Joaquín Raúl Ortiz Gamboa, sujetos principales de la presente acción de amparo constitucional. Véase, folios 6, 7 y 8.

69 Dicho proceso se encuentra en trámite ante el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Florencia -Caquetá-.

70 En el expediente de tutela aparece copia de una Resolución proferida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, mediante la cual se le asignó provisionalmente la custodia. Véase, folio 9.

71 Véase folio 12 Cuaderno de tutela. Dispone la norma en cita: "(...) Si la demanda se fundamenta en falta de pago, el demandado no será oído en el proceso sino hasta tanto se demuestre que ha consignado a órdenes del juzgado el valor total que, de acuerdo con la prueba allegada con la demanda, tienen los cánones adeudados, o en defecto de lo anterior, cuando presente los recibos de pago expedidos por el arrendador correspondientes a los tres últimos períodos, o si fuere el caso los correspondientes de las consignaciones efectuadas de acuerdo con la ley y por los mismos períodos, a favor de aquél".

72 El citado oficio se dispuso que: "Que dentro del proceso ejecutivo de RAÚL ORTIZ FAJARDO APOD. DR. LUIS ALBERTO CASTRO contra ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS, se ha dictado un auto que en su parte pertinente dice: 'JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL, Florencia Caquetá, quince de octubre del año dos mil dos....DECRETA...1. El embargo y secuestro de los bienes muebles tales como equipos de sonido, televisores a color, grabadoras y demás bienes muebles tales como mercancías en general que sean susceptibles de embargo y que la parte actora señale al momento de llevarse a cabo la diligencia de secuestro, bienes denunciados como de propiedad y en posesión de la demandada ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS y que se encuentran ubicados en la carrera 14 No. 14-60 del barrio el centro de esta ciudad y/o en la dirección que la parte actora señale al momento de llevarse a cabo la diligencia de secuestro. (...) La cuantía del presente proceso es de \$7.266.000.00 para que el señor Inspector se sirva limitarla de conformidad a lo indicado en el artículo 513, incisos 8 y 9 del Código de Procedimiento Civil (...)".

73 Folio 69.

74 Folios 69, 74 y 94.

75 Dispone la norma en cita: “Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera conveniente, decretará pruebas. En este evento, la Sala respectiva podrá ordenar que se suspendan los términos del proceso, cuando ello fuere necesario”.

76 Aparece certificación de la Fiscalía mencionada sobre el adelantamiento del citado proceso. Véase, folio 157.

77 Entiéndase por carga procesal: “aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso.// Como se ve, las cargas procesales se caracterizan porque el sujeto a quien se las impone la ley conserva la facultad de cumplirlas o no, sin que el Juez o persona alguna pueda compelerlo coercitivamente a ello, todo lo contrario de lo que sucede con las obligaciones; de no, tal omisión le puede acarrear consecuencias desfavorables. Así, por ejemplo probar los supuestos de hecho para no recibir una sentencia adversa”. (Sentencia C-1512 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis).

78 Subrayado por fuera del texto original.

79 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

80 Subrayado por fuera del texto original.

81 M.P Jorge Arango Mejía.

82 Subrayado por fuera del texto original.

83 Según lo expuesto anteriormente, se entiende por defecto procedimental: “aquel que se origina en una manifiesta desviación de las formas propias del juicio que conduce a una

amenaza o vulneración de los derechos y garantías de alguna de las partes o de los demás sujetos procesales con interés legítimo”.

84 Véase, fundamento No. 24 de esta providencia.

85 Dispone la norma en cita: “Artículo 58. Llamamiento ex officio. En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, y con tal fin suspenderá los trámites hasta por treinta días. Esta intervención se sujetará a lo dispuesto en los incisos cuarto y quinto del artículo 52”.

87 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

88 Subrayado por fuera del texto original.

89 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

90 D.E. 2737/89.ART. 133.- “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, formación integral y educación o instrucción del menor. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”.

91 Al respecto, se encuentra una certificación del citado Juzgado, que informa la iniciación de un proceso cuyo objeto recaía precisamente en obtener el reconocimiento de dicha obligación alimentaria. En el citado Oficio, se señala que: “(...) Le informo que el proceso de ALIMENTOS # 18-001-31-84-003-2002-071-00, siendo demandante ANA ELIZABETH GAMBOA VARGAS y demandado el señor RAÚL ORTIZ FAJARDO, se inició según auto fechado el 21 de febrero de 2002, disponiéndose la práctica de Audiencia Previa.//Actualmente el proceso se encuentra en el archivo definitivo por efectuarse conciliación el 23 de mayo del 2002, quedando una cuota alimentaria para los hijos de \$ 300.000.00 mensuales, pagaderos dentro de los primeros 5 días de cada mes, a partir de junio del presente año. El aumento anual de la cuota será según el índice de incremento del salario mínimo”. (Visibles a Folio 90 y 69 del cuaderno de tutela).

92 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Vigésima Primera Edición. Tomo II. Madrid. 1992.

93 Recuérdese que el artículo 215 del Código de Procedimiento Civil, les reconoce a los mayores de 12 años capacidad para declarar: “Artículo 215. Inhabilidades absolutas para testimoniar. Son inhábiles para testimoniar en todo proceso: 1. Los menores de doce años. (...)”. En el presente caso, como la menor Elizabeth Asunción Ortiz Gamboa, tenía 13 años al momento de declarar ante el juez de tutela, se encontraba dentro del marco de capacidad procesal reconocida por el derecho.

94 Dispone el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil: “Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”.

95 Ver Folios 75 y subsiguientes del cuaderno de tutela.

96 Folio 172.