

T-500-93

Sentencia No. T-500/93

## REGIMEN DE VISITAS/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/DERECHOS DEL NIÑO

La reglamentación y regulación de visitas, es un sistema por medio del cual se trata de mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En principio, las visitas pueden ser acordadas por la pareja según las circunstancias concretas del caso, con aprobación del funcionario correspondiente o, en su defecto, fijadas por el juez, después de un estudio detallado de la conveniencia, tanto para el menor, como para cada uno de sus padres. Existiendo otros medios a los que puede acudir, en determinado momento, un progenitor cuando el otro decide influir en su hijo buscando desvanecer su figura, la acción de tutela es improcedente, por existir un medio idóneo para lograr que sea modificado o suspendido el régimen de visitas, y si la situación es grave lograr la suspensión de la patria potestad. Esta Corporación ha considerado que, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa, se debe y puede proteger el derecho de uno y otro progenitor a entablar y mantener sin obstáculos, las relaciones afectivas con sus hijos.

## JUEZ DE TUTELA-Facultades/JUEZ DE FAMILIA-Facultades

El juez de tutela, en razón de la autonomía de los jueces, no puede declarar la suspensión del régimen de visitas, ni el otorgamiento de la tenencia y cuidado de los hijos a cualquiera de los padres, pues es al juez de familia a quien compete decidir sobre el ejercicio de ese derecho.

## DERECHOS DE LOS PADRES/CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS-Indelegabilidad/DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS

REF: EXPEDIENTES T-16.717 Y 16.719

Peticionarios:

X y Z

Procedencia:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -Sala de Casación Civil-

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Sentencia aprobada, según consta en acta de la Sala Primera de Revisión celebrada a los veintinueve (29) días del mes de octubre de mil novecientos noventa y tres (1993)

Procede la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Arango Mejía, Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, a revisar las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, el diez (10) y el quince (15) de junio de 1993, respectivamente, en las acciones de tutela instauradas por los señores X y Z, en contra de particulares.

Los negocios llegaron a conocimiento de esta Sala de Revisión, por remisión que hizo la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

De acuerdo con los artículos 86 de la Constitución y 33 del citado decreto, la Sala de Selección correspondiente, por auto del veintitrés (23) de julio del año en curso eligió, para efectos de revisión, los fallos de tutela radicados en esta Corporación, bajo los números T-16.617, T-16.717 y T-16.719. Negocios que por reparto correspondieron a esta Sala de Revisión.

En relación con el fallo de tutela T-16.617, esta Sala por auto del veinte (20) de octubre del año en curso, decidió desacumularlo y poner en conocimiento del demandado, a través del juzgado correspondiente, la existencia de una nulidad.

A. EXPEDIENTE T- 16.717.

1o. LA ACCION

La señora X inició ante la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el día veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), acción de

tutela en contra de su esposo Y.

## 2o. HECHOS

- a.- En mayo de 1980 la peticionaria contrajo matrimonio por el rito católico con el señor Y.
- b.- De dicha unión nacieron dos menores, quienes en la actualidad tienen siete y once años de edad respectivamente.
- c.- Afirma la solicitante que “sus hijos como ella son objeto de maltratos físicos y morales por parte del demandado, quien utiliza y manipula a los menores en contra de la madre, provocando en ellos inestabilidad y angustia.” Especialmente, en el niño mayor, quien es el más renuente a estar con la accionante, por la influencia que sobre él ejerce su padre.
- d.- En el Juzgado Trece (13) de Familia cursa actualmente un proceso de cuidado y tenencia que inició la peticionaria, proceso que, según ella, ha sido dilatado constantemente por el demandado, quien, aprovechando su calidad de abogado, hace uso de todos los medios legales, como denuncios, recusaciones, recursos etc., para posponer una decisión de fondo.
- e.- El régimen de visitas establecido provisionalmente por el Juzgado Trece (13) de Familia, el veintiseis (26) de marzo de 1993, y aún vigente, es el siguiente:

” PRIMERO: ...visitas que se cumplan (sic) por parte de la madre señora X los días sábados cada ocho días a partir de la fecha comenzando a las 9:00 A.M en la casa paterna del señor Y, lugar éste a donde los regresará el día domingo a las 9:A.M.

” SEGUNDO: Así mismo los progenitores de los menores en mención compartirán por partes iguales los períodos de vacaciones escolares a que tengan los mismos, sin perjuicio a que se requiera el consentimiento de su otro progenitor para desplazarse por todo el territorio nacional.” (fl 148 del cuaderno de copias)

## 3o. SOLICITUD

La peticionaria solicita que mientras se termina el proceso de tenencia y cuidado personal ante el Juzgado Trece (13) de Familia, se le permita tener y cuidar a sus hijos sin restricción alguna, así como velar por su educación.

La tutela se interpone como mecanismo transitorio para proteger los derechos fundamentales de los dos menores, derechos consagrados en el artículo 44 de la Constitución. Según la solicitante, se causa perjuicio irremediable a sus hijos, “ya que cada instante que pasa es irrecuperable para su salud física y mental, y después de un lavado cerebral es difícil retomar el amor filial, traumatizando el desarrollo de su personalidad, con las posibles consecuencias que el futuro les puede conllevar (sic) todas estas situaciones.”

#### 4o. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTAFE DE BOGOTA – Sala de Familia-

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, mediante sentencia del tres (3) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993), CONCEDIO la tutela interpuesta por la señora X. Los fundamentos del fallo puede resumirse así:

a.- No existe en el ordenamiento jurídico colombiano una acción que le permita a la accionante que su esposo cumpla las decisiones sobre el cuidado y tenencia de los menores. Si bien existen sanciones y multas que se pueden imponer al cónyuge incumplido, ellas no son el medio idóneo para lograr el efectivo cumplimiento de la decisión judicial. Pero, en el evento de existir otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela sería aún procedente por ser solicitada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable en los menores.

c. Después de evaluar las pruebas y documentos existentes en el expediente, el Tribunal concluyó:

“... esta Sala se ha hecho a la convicción que con la conducta del señor Y, se vulneraron los derechos fundamentales de los menores..., así como los de la madre. Se tutelarán entonces los derechos fundamentales de los menores, consistentes en que ellos y la madre puedan tener contacto directo y relaciones recíprocas en tiempo y lugar señalados en la providencia del Juzgado Trece (13) de Familia de esta ciudad... No obstante, estos derechos se tutelan transitoriamente, mientras se redefinen las pautas que en adelante regirán las relaciones, los deberes y derechos de los menores... Sin embargo, como el menor... ha manifestado el deseo de que la madre no lo visite, los dos acordaron la forma como se realicen dichas visitas, sin que pueda ser forzado, pero conservando la madre el derecho a coordinar con su hijo la forma en que se desarrollaran dichas visitas.

” Se ordenará que tanto los menores como sus padres se sometan a tratamiento terapéutico en el Instituto de Bienestar Familiar, con los propósitos indicados en las recomendaciones hechas a esta Corporación por esa Entidad.” (fls 107 y 108 del cuaderno original)

#### 5o. La impugnación.

El demandado en su escrito de impugnación, afirma que la tutela en el caso concreto, es improcedente porque está de por medio la conducta legítima de un particular, pues es él quien por decisión judicial tiene la tenencia y cuidado de los menores. Afirma, que ni sus hijos ni él están obligados a cumplir con unas visitas que no desean realizar.

#### 6o. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil-.

Conoció de la impugnación presentada por el señor Y, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la que en sentencia del diez (10) de junio del año en curso, CONFIRMO el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá.

Para la Corte Suprema de Justicia, la prevalencia de los derechos fundamentales de los niños, permite tutelar el derecho de éstos a ser visitados, orientados y educados por la madre, máxime cuando una providencia judicial de manera provisional determinó la forma como las visitas deben realizarse.

La tutela de los derechos de los menores y de la madre, se da en forma transitoria, mientras el Juez de Familia competente decide modificar o revisar la regulación de visitas que existe actualmente. Régimen que mientras no exista una decisión judicial que lo sustituya, sigue vigente.

#### B. EXPEDIENTE T- 16.719.

##### 1o. LA ACCIÓN

El señor Z inició ante el Tribunal Superior del Distrito de Buga, Valle, el día doce (12) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), acción de tutela en contra de la Familia A, y concretamente contra dos de sus miembros, B. y C.

## 2o. HECHOS

1o. La hija del accionante, D, convivió en unión libre por el lapso de dos años aproximadamente, con el señor E.

2o. De dicha unión, nació el menor, quien actualmente tiene dos años y medio de edad.

3o. En razón de la separación de la pareja, se llegó el 17 de junio de 1992, en audiencia de conciliación, celebrada ante el Juez Primero Promiscuo de Buga, a un acuerdo en relación con el régimen de visitas. Allí se acordó que la tenencia y cuidado del menor estaría a cargo de la madre y que el padre tendría derecho a recoger al menor de lunes a viernes a las 8:00 a.m, llevándolo nuevamente a las 6:30 p.m.

Los sábados, domingos y festivos, el menor debería permanecer al lado de la madre.

4o. Con los testimonios recepcionados durante el trámite de la acción de tutela, se logró demostrar que, por razón de su actividad, el padre debe ausentarse del municipio de Buga, por lapsos hasta de dos meses, motivo por el cual él no ejerce el derecho a visitar a su hijo, sino sus dos hermanos, B. y C., quienes diariamente recogen al menor.

5o. Las personas mencionadas en el numeral anterior han amenazado a la señora D con quitarle al niño, y, según el actor, han intimidado a la familia con armas de fuego.

6o. En concepto del accionante, la conducta de los hermanos B. y C. atenta contra la seguridad y tranquilidad de su familia, en especial, de su hija y del menor.

## 3o. SOLICITUD

Por los hechos narrados, el actor solicita que se ordene el estricto cumplimiento del régimen de visitas, lo que se lograría si el menor es entregado al señor Rodrigo Bedoya, padre del pequeño y no a sus hermanos, tal como se acordó en la audiencia de conciliación. De esta manera se protege, según el actor, la seguridad y tranquilidad de la familia.

## 4o. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUGA -Sala de Familia-

El Tribunal, Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante sentencia del veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y tres (1993), declaró IMPROCEDENTE la tutela interpuesta

por el señor Jaime Alfredo Solarte Montenegro. El fundamento del fallo puede resumirse así:

Improcedencia de la acción de tutela por la existencia de otro medio judicial de defensa.-

El Tribunal después de hacer un análisis de la procedencia, en algunos casos, de la acción de tutela contra particulares, concluye que en el caso planteado, el Código del Menor regula de manera especial mecanismos para hacer cumplir las decisiones sobre el cuidado y tenencia de los menores, sanciones que van desde la imposición de multas, las cuales pueden llegar hasta los cien (100) salarios mínimos diarios legales, convertibles en arresto a razón de un día por cada salario mínimo legal de multa, ó arresto inmutable hasta de sesenta días, para aquel de los padres que incumpla el régimen de visitas. (artículo 350, numeral 4 y 72 del Código del Menor).

Así mismo, en caso de incumplimientos reiterados, procede la suspensión de la patria potestad. Igualmente, existen las acciones que puede iniciar el Defensor de Familia, a petición de cualquier interesado o de oficio, si el menor se encuentra en situación irregular. Acciones y mecanismos éstos, que el actor de la tutela, como abuelo del menor, puede iniciar.

Para el Tribunal, la existencia de estos medios de defensa hace improcedente la tutela solicitada.

La no existencia de un perjuicio irremediable.

Finaliza su fallo el Tribunal afirmando que, al no existir un perjuicio irremediable para el menor, la acción de tutela no es procedente como mecanismo transitorio. Concluye el Tribunal:

" Así pues, no prestándose a hesitación la existencia de los medios de defensa judicial que se dejaron reseñados, solo (sic) resta agregar, que no se avista en manera alguna "perjuicio irremediable" en relación con el menor ... que amerite ser transitoriamente tutelado, dado que si algo salta al rompe en las declaraciones recepcionadas a la madre y tía del mismo, es el desbordado deseo de protección y cuidado que le quieren proporcionar unos y otros, situación ésta que ha sido precisamente la génesis del incumplimiento de la entrega del menor en los horarios acordados por los padres de éste en el Juzgado de Familia respectivo."

(fl 72)

#### 5o. La impugnación.

Vale la pena señalar que el manuscrito del actor donde fundamenta su impugnación, no es claro. Al parecer, pretende que, a través de la orden de entrega del menor únicamente al padre y no a los familiares de éste, se logre la seguridad y tranquilidad del actor y de su familia, pues la entrega del menor a personas distintas a las acordadas en el reglamento de visitas, es lo que ha dado origen a las amenazas y encuentros poco amistosos entre las dos familias. Considera que el Tribunal tergiversó e ignoró el verdadero sentido de su petición.

#### 6o. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil-.

Conoció de la impugnación presentada por el señor Z, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la que en sentencia del quince (15) de junio del año en curso, REVOCO el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga. Las razones de la Corte Suprema de Justicia pueden resumirse así:

La protección y prevalencia de los derechos del niño, sobre los de los demás, conduce a que éstos se protejan de manera inmediata, sobre todo en el caso en estudio, porque el padre está delegando las funciones derivadas de la paternidad, en terceros. Dijo la Corte:

” la intromisión de los tíos, a falta de intervención exclusiva y directa de los padres del menor respecto de la forma y tiempo de recogerlo y entregarlo, de acuerdo con lo convenido, está contribuyendo a profundizar aún más la crisis, ya de por sí grave, que afecta a todos sus miembros, y en particular al niño, por lo que en estas circunstancias el padre no puede delegar algunas funciones derivadas de la paternidad en sus hermanos, ... pues es aquél y no éstos, quien tiene la obligación de dedicarle un mínimo de tiempo... por lo que debe exigírsele que cumpla sus obligaciones con sujeción a lo convenido.” (fl 98)

Finaliza su fallo la Corte, recordando la obligación que tienen los padres separados de brindarle al niño todo el apoyo moral y psicológico, a más de un ambiente familiar adecuado, porque es en ese momento cuando el menor más necesita de su familia.

En orden a sus consideraciones, la Corte resolvió:

” CONCEDER la tutela impetrada, para lo que se le impone al padre del menor la obligación de cumplir personal, directa y estrictamente con el régimen de mantenimiento, cuidado y visitas de su hijo, en los términos que se encuentran recogidos en el acta de conciliación celebrada a éste respecto y aprobada por el Juez Primero Promiscuo de Familia de Buga.”.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

### Primera.- Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para dictar sentencia en relación con los negocios de la referencia, con base en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o, de la Constitución Nacional.

### Segunda.- La prevalencia del derecho de los niños a tener una familia.

La Constitución de 1991 reconoció expresamente la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, aspecto éste que no es nuevo, porque de siglos atrás la familia ha sido y seguirá siendo el grupo social fundamental. De ahí la importancia de fortalecer las relaciones, los derechos y obligaciones, entre los individuos que la conforman, principalmente en las familias que son producto de la decisión libre y responsable de un hombre y una mujer de unirse.

No en vano la Constitución consagró expresamente en su artículo 44, como derechos fundamentales de los niños, el derecho a tener una familia, a no ser separado de ella y, por sobre todo, al cuidado y al amor que se les debe deparar. Al tiempo que impuso el deber de velar y respetar esos derechos, a la familia, en primer término, y, subsidiariamente, a la sociedad y al Estado.

Siendo la familia la llamada, en principio, a otorgar al menor la asistencia, ayuda y orientación necesarias para que logre un desarrollo armónico e integral, sobre ella recae la obligación de hacer todo lo que esté a su alcance para que dicho fin se cumpla. Es decir, los padres son los primeros responsables del normal desarrollo del menor y, a ellos corresponde cumplir con los fines impuestos a la familia por la Constitución.

Obligaciones que se hacen más fuertes e imperativas cuando la pareja decide separarse, pues en ese momento el menor requiere de mayor atención y comprensión de sus padres,

para no resultar perjudicado por el conflicto de ellos.

A pesar de la separación, el niño conserva el derecho fundamental a tener su familia, y son los padres quienes están obligados a brindar y poner en funcionamiento todos los mecanismos que tengan a su alcance para lograr dicho objetivo. Por desgracia, al momento de la separación, olvidan sus responsabilidades y toman a sus hijos como instrumento de manipulación y destrucción recíproca, olvidando que perjudican al menor. Al respecto, esta Corporación ha señalado.

” ... la ruptura de la convivencia por hechos graves e irremediables no excluye necesariamente esa unidad esencial e irreductible que la Carta de 1991 consagra y protege contra eventuales manifestaciones de violencia en beneficio directo del núcleo familiar y de los niños...

” La efectividad de tal derecho depende en concreto de la subsistencia de la unidad familiar, condición esta que por su naturaleza no puede quedar librada a la simple voluntad de sus miembros en general o de la pareja en particular. Ellos no están exentos de ningún modo de la observancia del deber de solidaridad social -consagrado expresamente en el ordenamiento vigente (Art 95 C.N) sobre todo cuando sus actos puedan acarrear daños irreparables a la prole en su salud, su vida o su educación.” (Cfr. Sentencia T- 523 de 1992.)

El legislador, igualmente, previó un mecanismo que le permite al menor mantener y seguir desarrollando las relaciones afectivas con sus progenitores, así como recibir de éstos el cuidado y amor que demandan: la reglamentación de visitas.

La reglamentación y regulación de visitas, es un sistema por medio del cual se trata de mantener un equilibrio entre los padres separados para ejercer sobre sus hijos los derechos derivados de la patria potestad y de la autoridad paterna. En principio, las visitas pueden ser acordadas por la pareja según las circunstancias concretas del caso, con aprobación del funcionario correspondiente o, en su defecto, fijadas por el juez, después de un estudio detallado de la conveniencia, tanto para el menor, como para cada uno de sus padres.

Esto significa que las visitas no son sólo un mecanismo para proteger al menor, sino que le permiten a cada uno de los padres, desarrollar y ejercer sus derechos, es decir, son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos. Por tanto, sólo

a través de esta figura se logra mantener la unidad familiar, que la Constitución consagra como derecho fundamental de los niños.

Por lo anterior, los jueces deben ser conscientes de la importancia de su labor en el establecimiento o aprobación de las visitas, ya que a través de ellas se puede lograr el restablecimiento y fortalecimiento de la unidad familiar. Así lo había señalado esta Corporación en anterior pronunciamiento, al afirmar:

“... esta Corte no puede menos que recordar a los jueces su inmensa responsabilidad y cuidado cuando aprueben un régimen de visitas: de él depende en muy alto grado la recuperación y fortalecimiento de la unidad familiar o su desaparición total, en desmedro de los intereses de la prole, la institución misma y la sociedad.” (Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1993)

Tercera: El derecho de cada uno de los padres a las visitas.

No son sólo los derechos de los hijos menores los que están en juego al momento de fijarse una reglamentación de visitas: también los de cada uno los padres, derechos que deben ser respetados mutuamente. Así, el padre que tiene la custodia y cuidado del menor debe ceñirse no sólo a los horarios y condiciones establecidas en el respectivo régimen, sino a lograr que se mantenga una relación afectiva con el otro padre y demás miembros de la familia. La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de Octubre de 1984, con ponencia del doctor Hernando Tapias Rocha, estableció las características que debe tener todo régimen de visitas.

En dicho fallo, la Corte Suprema señaló como objetivo fundamental del régimen de visitas “el mayor acercamiento posible entre padre e hijo, de modo que su relación no sea desnaturalizada, y se eviten las decisiones que tiendan a cercenarlo... requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con los padres... las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco deben desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide.”

Así las cosas, cada uno de los padres tiene derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos; y tiene, además la facultad de desarrollar su relación afectiva como la considere pertinente, siempre y cuando no lesione los intereses prevalentes

del menor. Por esta razón, cada uno de los cónyuges debe respetar la imagen del otro frente a sus hijos, no debe aprovecharse de su situación de privilegio, frente a aquel que no tiene la tenencia del menor, para degradarlo y menospreciarlo, olvidando que su función es buscar el desarrollo integral de los hijos.

El Código del Menor establece los casos en los cuales un menor se encuentra en estado de abandono y peligro. Se transcribe lo pertinente para las situaciones aquí analizadas:

" Artículo 31: Un menor se encuentra en situación de abandono o peligro, cuando:

"numeral 7o: Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desaveniencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio, o en cualesquiera otros motivos.

" ...

" Parágrafo 2o. Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se considerarán como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al intensificar la angustia y a la incertidumbre inherentes a esta situación vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores."

Cuarto: La existencia de otros medios de defensa judicial.

Existiendo otros medios a los que puede acudir, en determinado momento, un progenitor cuando el otro decide influir en su hijo buscando desvanecer su figura, la acción de tutela es improcedente, por existir un medio idóneo para lograr que sea modificado o suspendido el régimen de visitas, y si la situación es grave lograr la suspensión de la patria potestad.

Sin embargo, esta Corporación ha considerado que, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa, se debe y puede proteger el derecho de uno y otro progenitor a entablar y mantener sin obstáculos, las relaciones afectivas con sus hijos. (Cfr. Sentencia de tutela T-290 de 1993. Magistrado Ponente, doctor José Gregorio Hernández Galindo)

Por otra parte, el juez de tutela, en razón de la autonomía de los jueces, artículo 228 de la

C.N, no puede declarar la suspensión del régimen de visitas, ni el otorgamiento de la tenencia y cuidado de los hijos a cualquiera de los padres, pues es al juez de familia a quien compete decidir sobre el ejercicio de ese derecho. Además, estos funcionarios cuentan con un equipo interdisciplinario que les presta asesoría, grupo con que no cuenta el juez de tutela. Igualmente, existiendo un régimen de visitas establecido por las partes o por el juez, tal régimen no puede ser modificado por el juez de tutela, pues para ello se han establecido procedimientos igualmente rápidos y eficaces que hacen la acción improcedente.

Quinto: Análisis de los casos concretos.

a.- Expediente T- 16.717

Después de dictado el fallo de tutela por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que TUTELO transitoriamente a la madre para que ejerciera sus derechos de visitar, orientar, educar y amar a sus dos hijos, mientras el juez competente tomaba la decisión correspondiente, llegó a conocimiento de esta Sala, una copia de la petición que elevó la Defensora Trece de Familia al juez donde cursa el proceso de tenencia y cuidado personal de los menores. En dicha petición solicitó se otorgara a la señora X la tenencia y cuidado provisional de los dos menores, por encontrarse éstos en uno de los casos tipificados por el Código del Menor como estado de abandono o peligro.

Esta solicitud fue resuelta por el Juzgado Trece (13) de Familia por auto de seis (6) de septiembre del año en curso, donde se dispuso:

” La tenencia, custodia y cuidado provisional de los menores... se radica en cabeza de la madre... a quien el padre demandado deberá hacerle entrega de los menores, en el término de setenta y dos (72) horas.”

En razón a la orden impartida por el Juzgado Trece de Familia, considera la Sala que los fines que motivaron a la señora X para iniciar esta acción de tutela, se han cumplido, puesto que con dicha orden se están protegiendo los derechos de los niños como los de la madre. Derechos que venían siendo desconocidos por el señor Y.

Corresponderá entonces al Juez Trece de Familia, a la Defensora de Familia y al Instituto

Colombiano de Bienestar Familiar, hacer lo necesario para que dicha orden sea cumplida.

Por otra parte, corresponderá al Juez Trece (13) de Familia, si lo considera pertinente por el conocimiento directo que tiene de las circunstancias concretas del caso, decidir si el tratamiento terapéutico ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, sugerido, inicialmente, por el equipo interdisciplinario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, debe continuar. Pues, de la evaluación realizada por dicho grupo se concluyó:

” Los niños están siendo utilizados por parte del padre, para presentar una imagen negativa de la madre, lo cual incide en la construcción de los vínculos afectivos de los niños y podría afectar seriamente su salud mental.” (fl 82)

Vale la pena señalar que el mencionado equipo está integrado por una trabajadora social, por una nutricionista y por una sicóloga.

Por lo anterior y de conformidad con el artículo 24 del decreto 2591 de 1991, se prevendrá al señor Y, para que no vuelva a incurrir en los hechos que dieron origen a la presente acción, so pena de hacerse acreedor de las sanciones contempladas por los artículos 52 y siguientes del decreto 2591 de 1991.

#### b. EXPEDIENTE T- 16. 719.

En este caso, el conflicto se ha suscitado como consecuencia de la forma como se ha venido desarrollando el acuerdo de visitas, celebrado entre los padres del menor. Visitas que al parecer no las ejerce el padre sino sus hermanos. Llama la atención de la Sala, el hecho que en este caso se afirme que el padre otorgó poder a uno de sus familiares, para ejercer los derechos derivados del acuerdo de visitas, poder que no consta en el expediente.

Al respecto, esta Sala considera que los padres por el hecho de serlo asumen frente a sus hijos una serie de derechos y obligaciones, los cuales se derivan de la llamada autoridad paterna y de la patria potestad. Estos derechos deben ejercerlos conjuntamente los padres, y a falta de uno de ellos le corresponderá al otro. Excepcionalmente, los derechos que conforman la autoridad paterna pueden ser ejercidos por un pariente o por un tercero, según las circunstancias del caso y con ciertos límites. No así la patria potestad, reservada a los

padres.

En ese conjunto de derechos que conforman la autoridad paterna, está el cuidado personal del hijo, que consiste, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en “el oficio o función, mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos y disciplinar la conducta, siempre con la mira puesta en el filio, en el educando, en el incapaz de obrar o de autorregular en forma independiente su comportamiento.” (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente. Dr. José Alejandro Bonivento Fernández, marzo 10 de 1987).

Este cuidado personal, tal como lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, hace parte integral de los derechos fundamentales del niño, consagrados en el artículo 44 de la Constitución. Por tal razón, esta Sala sostiene que, en principio, esos derechos, en especial el del cuidado personal, no pueden delegarse en terceros, ya que ellos nacen de la especialísima relación que surge entre padres e hijos.

Otra cosa es que alguno de esos actos pueda ser ejercido al mismo tiempo por los padres y por un tercero, como es el caso de la educación, en la cual intervienen los padres y el establecimiento educativo conjuntamente.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando el cuidado personal del menor no puede, por alguna circunstancia, ser ejercido por cualquiera de los padres, es la ley, la que establece a cuales personas corresponde hacerlo. Es así como, el Código del Menor, por ejemplo, señala en el artículo 70 que “el Defensor de Familia podrá asignar provisionalmente la custodia y cuidado personal del menor a aquel de los parientes señalados en el artículo 61 del Código Civil, que ofrezca mayores garantías para su desarrollo integral”. Esta atribución que la ley da a los Defensores de Familia, no puede ser ejercida motu proprio por el padre de familia. Pues, si uno de los progenitores falta o está ausente, le corresponderá al otro, y en su defecto será el funcionario competente el encargado de designar la persona que considere llamada a ejercer tal función, protegiendo siempre los intereses supremos y prevalentes del menor.

Por lo anterior, la Corte considera que si el señor E no puede encargarse del cuidado personal de su hijo, no puede delegar, en sus familiares, esa función, sobre todo cuando la madre puede encargarse de ella. Además, existe un reglamento de visitas que tiene unos objetivos

muy concretos, tales como el de mantener y consolidar la unidad familiar, así como el contacto directo de los hijos con sus padres, etc. Finalidades que en el caso en estudio, parecen no estar cumpliéndose.

Cosa distinta es que los familiares del niño puedan visitarlo y mantener con él un contacto directo, pues ello responde a la naturaleza misma de las relaciones que surgen del hecho de pertenecer al grupo familiar.

Por estas razones, la Corte CONFIRMARA PARCIALMENTE la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, pero tutelando provisionalmente los derechos del menor, mientras el Juzgado Primero Promiscuo de Buga resuelve una solicitud que presentó la señora D, en la que pide la suspensión de la reglamentación de visitas, mientras el padre no pueda encargarse personal y directamente del cuidado de su hijo.

#### IV. DECISION.

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

#### RESUELVE:

##### 1o.- EXPEDIENTE T- 16.717:

Primero: CONFIRMASE la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- el diez (10) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), en cuanto CONCEDE de manera provisional la tutela solicitada.

Segundo: ORDENASE al señor Y, padre de los menores, abstenerse en el futuro de realizar los actos que dieron origen a esta tutela, so pena de incurrir en las sanciones previstas por el artículo 52 y siguientes del decreto 2591 de 1991.

Tercero: ENVIESE una copia de esta sentencia al Juez Trece de Familia de Santafé de Bogotá, para los fines previstos en la parte motiva de este fallo.

Cuarto: ORDENASE, en guarda del derecho a la intimidad de la familia, que en toda publicación de la presente decisión, se omitan sus nombres.

Cuarto: COMUNIQUESE la presente decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala de Familia, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

2o.- EXPEDIENTE T- 16.717:

Primero: CONFIRMASE PARCIALMENTE la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- del quince (15) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), pues la tutela se CONCEDE pero en forma transitoria, por las razones expuestas en el presente fallo.

Segundo: ORDENASE, en guarda del derecho a la intimidad de la familia, que en toda publicación de la presente decisión, se omitan sus nombres.

Tercero: COMUNIQUESE la presente decisión al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Valle, Sala de Familia, para que sea notificada a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

HERNAN ALEJANDRO OLANO GARCIA

Secretario General (E)

{p}