

T-509-92

18

Sentencia No. T-509/92

ACCION DE TUTELA-Titularidad/LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA/ACCION DE TUTELA  
CONTRA PARTICULARES-Indefensión

El padre de la menor tiene legitimación activa para ejercer la acción de tutela en favor de su hija, dado que es el representante legal de la misma en compañía de la madre, hasta que no se le prive en juicio de la patria potestad. Si bien la acción de tutela se promovió contra un particular, es decir, contra la madre de la menor, considera esta Sala que ella es procedente, dado que la situación objeto de controversia encaja dentro del supuesto del numeral 9o. del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, por hallarse la menor en estado de indefensión.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/PATRIA POTESTAD/CUSTODIA DE LOS HIJOS

En el caso sublite, se observa que el actor solicita que el Juez de tutela le haga entrega de su hija, lo cual lleva a esta Sala a considerar que este mecanismo es improcedente, de conformidad con el numeral 1o. del artículo anterior, toda vez que los procedimientos a los cuales dicho padre ha debido acudir están específicamente definidos en el Código del Menor -Jurisdicción de Familia-y en el Código de Procedimiento Civil. Con todo ha de hacerse la precisión de que si se presentara situación de peligro para la menor quedarían las puertas abiertas de la tutela por ser medio más eficaz para salvaguardar inmediatamente sus derechos.

SALA DE REVISION No. 6

Ref.: Proceso de tutela No. 2522

Tema: Derechos fundamentales de los niños

Demandante:

JOSE IVAN GOMEZ

Magistrado Ponente:

DR. SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ.

Santafé de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y dos (1992).

La Sala de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Simón Rodríguez Rodríguez, Jaime Sanín Greiffenstein y Ciro Angarita Barón, revisa el fallo de tutela proferido el 20 de abril de 1992 por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), por medio del cual se negó la tutela ejercida por José Iván Gómez contra Alba Inés Villada.

## I. ANTECEDENTES.

### A. HECHOS DE LA DEMANDA.

En la demanda de tutela presentada por José Iván Gómez ante el Juez Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, se formulan los siguientes hechos:

José Iván Gómez, vivió en forma extramatrimonial con la señora Alba Inés Villada Diez, de cuya unión nacieron dos hijos que responden a los nombres de Jorge Iván y Dora Luz, -esta última de cuatro años de edad- y cuya guarda está a cargo de la madre desde el momento de la separación de los padres.

Señala que los menores son objeto de descuido, de malos tratos y ejemplos por parte de la madre, por lo cual tuvo que acudir al Instituto Colombiano de Bienestar familiar de Pereira, para cuando Alba Inés Villada residía en esa ciudad. Al respecto agrega que "...luego ella se trasladó a residir a la ciudad de Armenia y allí me personé en la oficina de la Defensoría de Menores. Luego al regresar ella a Santa Rosa, volví a Bienestar Familiar de Dosquebradas en procura de la tutela de mis hijos". Anota que de todo ello obtuvo como concesión especial el que semanalmente podía llevar a sus hijos a la casa de su madre y tenerlos con él todo el fin de semana; y que en alguna oportunidad, el niño se negó a regresar con Alba Inés Villada, la cual al observar tal comportamiento, aceptó voluntariamente esa decisión.

Se sostiene por el demandante que su hija, de cuatro años de edad, permanece la mayor parte del tiempo sola con el compañero de la madre, lo cual constituye un peligro grande para su integridad y que la casa en la cual reside la menor está en peligro de derrumbarse, ya que recientemente se desplomó un barranco que se encontraba a menos de un metro de la misma, y la niña por ser de corta edad no está en condiciones de prever el peligro.

### B. DERECHOS VULNERADOS.

Si bien en el escrito de la demanda no se cita la norma constitucional infringida, de lo allí consignado como hechos, se deduce que los derechos supuestamente amenazados son la vida e integridad de la niña Dora Luz Gómez Villada ( art. 44 C.N.).

Solicita el actor que se le haga entrega de su hija menor Dora Luz Gómez Villada y de esta forma llevarla a casa de la madre del mismo, para que esté en compañía del hermano de ella.

### D. ACTUACION PROCESAL.

Dentro del expediente correspondiente a la acción de tutela, obran las siguientes diligencias:

a) Contestación por parte de Alba Inés Villada Diez de la demanda de tutela, en la cual hizo verbalmente las siguientes manifestaciones: Es cierto que vivió extramatrimonialmente con José Iván Gómez y de esa unión nacieron dos hijos llamados Jorge Iván y Dora Luz. Tiene los hijos bajo su cuidado desde diciembre de 1991 y aclara que el niño se encuentra con el padre por querer de ella. Ha tenido varios litigios con su excompañero: Uno en Armenia, sin que le entregaran los niños, sino todo lo contrario, se los dieron a ella y lo obligaron a pagar algún dinero, y no ha querido cumplir y otro en el Bienestar de Dosquebradas, en donde tampoco quisieron entregárselo al padre. También afirma que la visitadora de este Bienestar estuvo en su casa. Vive sola con un muchacho, el cual la ayuda a sostener la niña y tanto él, ella y sus hijas mayores tratan bien a la menor. La niña no corre peligro por parte de los que habitan con ella, ni tampoco en cuanto hace a la vivienda, ya que la casa es de material, está bien situada y no ofrece riesgos de derrumbarse. Para la verificación de los hechos, pidió una inspección judicial a su sitio de residencia y la recepción de unos testimonios.

b) Providencia de 15 de mayo de 1992 de la Defensoría de Familia del Centro Zonal No. 3 de Dosquebradas en la que se ordena que teniendo en cuenta el Informe Social de la investigación realizada por la Trabajadora Social de dicho Centro, con lo cual se estableció "que los menores no corren peligro al lado de la madre" se ordena que el padre de los menores, señor José Iván Gómez, la haga entrega de los mismos, Jorge Iván y Dora Luz a la madre, para lo cual se le citará al Despacho y se le notificará la decisión.

c) Acta firmada por el José Iván Gómez y por la Defensora de Familia antes mencionada, en la que se consigna que a ese centro se presentó el padre de los niños Jorge Iván y Dora Luz Gómez Villada, los que se encuentran a su lado provisionalmente mientras se constataba el peligro en que se encontraban los hijos en poder de la madre. Debido a que la trabajadora social comprobó que no había peligro alguno para que los menores estuvieran al lado de su madre, se conceptúa que los niños debían entregarse a ella. Al momento de ponérsele de manifiesto tal circunstancia al padre, este se comprometió a devolvérselos el día 7 de junio de 1991, llevándoselos a su casa. Por último, se anota que le es permitido visitar a los niños y gozar de su compañía de vez en cuando, un fin de semana.

d) Inspección judicial practicada por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal, a la casa donde reside Alba Inés Villada Diez con su hija menor Dora Luz, y a través de la cual se pudo verificar que se trata de una vivienda pobre pero entre las viviendas de un barrio deprimido conserva las normas de higiene y aparentemente es segura; además no se observó que " la casa y los terrenos aledaños ofrecieran ruina o peligro inminente.

#### E. SENTENCIA EN REVISION.

Sentencia del 8 de abril de 1992 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda).

Decisión: No acceder a las pretensiones del señor José Iván Gómez.

Consideraciones: Interpretando que el derecho que se considera amenazado se refiere a la vida de la menor Dora Luz Gómez Villada y previa la práctica de una inspección judicial al lugar donde ésta se encuentre, el Juzgado concluyó que no debe prosperar la tutela en razón a que esta “se encuentra al lado de su madre debidamente vigilada y que la vivienda tiene una infraestructura adecuada” en todos los aspectos. Se consideró además que la niña no corre peligro en su integridad por el hecho de que la madre tenga un compañero y que si lo que el padre pretende, es la suspensión de la patria potestad que ejerce la madre, debe acudir a la vía judicial adecuada, como es la Jurisdicción de Familia.

## II. CONSIDERACIONES.

a) Los derechos de los niños como derechos fundamentales.

Los derechos de la menor Dora Luz Gómez Villada, como son la vida, integridad física y moral, tener una familia y no ser separada de ella y ser sujeto de cuidados, atributos que se consideran amenazados, son derechos reclamables por medio de la acción de tutela, en atención a que son fundamentales. El artículo 86 de la Carta ampara estos derechos y el artículo 44 ibidem dispuso:

“Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

Los derechos de los niños, cuya cualidad de fundamentales atribuye el citado artículo y orientó la mente del Constituyente de 1991, se concibieron así en el informe de ponencia de la Comisión Quinta ante la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente. Entonces se dijo:

“El niño no puede ser considerado como un ser aislado. Es producto de la maternidad, la familia y la sociedad. Estas condicionan su existencia por cuanto él evoluciona siempre con respecto a ellos, lo cual hace evidente que el niño es un ser en alto grado indefenso y frágil...

“En el siglo veinte, una vez superados los problemas de libertad y saciadas las necesidades primarias del hombre, un despertar de la conciencia social llevó a las naciones industrializadas a pensar en el niño y su protección, pues se entendió que éste representa y garantiza el futuro de un pueblo, sin embargo, en los países menos desarrollados el niño

continúa siendo el más débil y vulnerable miembro de la comunidad, objeto de malos tratos y desatenciones, a pesar de ser él, quien encarna la conservación de la especie”.

“... En este articulado se distinguen los derechos esenciales del niño que garantizan a éste un desarrollo armónico e integral como ser humano. Estos derechos no sólo están relacionados con la vida, la integridad, el nombre y la nacionalidad, sino que también hacen del niño sujeto de derecho, en la medida en que – por medio de la familia, la Sociedad y el Estado- le asegura la salud, la educación y la cultura...” (Ponencia- Informe- COMISION QUINTA, Gaceta Constitucional No. 52, pag. 4).

Este carácter fundamental de los derechos de los menores es pregonado por la Convención que sobre el niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en la cual no sólo se expresa que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales, sino que se advierte lo siguiente:

“Teniendo presente que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la asamblea general el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ( en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño”.

b) Legitimidad e interés de los padres para ejercer la acción de tutela a nombre de sus hijos.

La Sala entra a considerar la legitimidad de José Iván Gómez, padre de la menor Dora Luz Gómez Villada, para ejercer la acción de tutela a nombre de ésta.

El aparte final del inciso 2o. del artículo 44 de la Constitución Nacional, además de consagrar el rasgo que de fundamentales tienen los derechos de los niños, le otorga legitimidad a cualquier persona para exigir de la autoridad competente el cumplimiento de dichos derechos e igualmente pedir que se sancione a los infractores.

Siendo José Iván Gómez el padre de la menor y por ello, poseedor de la patria potestad, la cual envuelve la representación legal de la hija, está entonces legitimado para ejercer la tutela de conformidad con el artículo 10o. del Decreto 2591 de 1991, el cual expresa que tiene tal legitimidad e interés cualquier persona que sea vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, ya sea actuando por sí misma o a través de representante legal.

Al respecto, el artículo 62 del Código Civil dispone que las personas incapaces de celebrar negocios serán representados por los padres, quienes conjuntamente ejercerán la patria potestad sobre sus hijos menores. Patria Potestad que implica la representación judicial del hijo, según lo previene el artículo 306 del Código Civil. Los artículos mencionados, disponen:

“Art.62. Las personas incapaces de celebrar negocios serán representadas:

1) Por los padres, quienes ejercerán conjuntamente la Patria Potestad sobre sus hijos

menores de 18 años...”.

Dentro de este contexto, el padre de la menor tiene legitimación activa para ejercer la acción de tutela en favor de su hija, dado que es el representante legal de la misma en compañía de la madre, hasta que no se le prive en juicio de la patria potestad.

c) El sujeto pasivo de la acción es un particular.

Si bien la acción de tutela se promovió contra un particular, es decir, contra la madre de la menor, considera esta Sala que ella es procedente, dado que la situación objeto de controversia encaja dentro del supuesto del numeral 9o. del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, por hallarse la menor en estado de indefensión. Esta norma que se encuentra en el Capítulo denominado “tutela contra particulares”, precisa al respecto:

Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

...9o. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.

No existe peligro a la vida e integridad de la menor.

Considera esta Sala, que la manifestación hecha por el señor José Iván Gómez en la demanda sobre el peligro que padece su hija por encontrarse viviendo en una casa que está a punto de derrumbarse, carece de veracidad, por cuanto está plenamente demostrado en el proceso de tutela que no existe amenaza alguna que ponga en peligro la vida de la infante, toda vez que el Juzgado haciendo uso diligente de la prueba de inspección judicial contemplada en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, comprobó que tanto la vivienda en donde habita la menor, como las casas y terrenos aledaños, se ven aparentemente seguras y no ofrecen ruina o peligro inminente.

e) Existen otros medios de defensa judiciales.

El artículo 86 de la Constitución Nacional desarrollado por el Decreto 2591 de 1991, no ha dejado a la deriva la potestad de utilizar la acción de tutela en forma ilimitada, sino que le ha señalado los momentos precisos de su procedencia y las circunstancias en las cuales se presenta su improcedencia. En cuanto a su procedencia, el artículo 5o., dice que es viable contra la acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales a que se refiere el artículo 2o.. En cuanto a su improcedencia dicho Decreto señala en el artículo 6o. las causales para ello de la siguiente manera:

“Artículo 6o. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización.

...”.

En el caso sublite, se observa que el actor solicita que el Juez de tutela le haga entrega de su hija, lo cual lleva a esta Sala a considerar que este mecanismo es improcedente, de conformidad con el numeral 1o. del artículo anterior, toda vez que los procedimientos a los cuales dicho padre ha debido acudir están específicamente definidos en los decretos 2737 de 1989 (Código del Menor) y 2272 de 1989 (Jurisdicción de familia), y en el Código de Procedimiento Civil.

El Decreto 2737 de 1989, contempla en sus artículos 70 y siguiente lo relativo a la custodia o cuidado personal del menor. En éstos se resalta la figura del Defensor de Familia, funcionario encargado de asignar provisionalmente la custodia o cuidado personal del menor a aquel de los parientes que señala el artículo 61 del Código Civil, que ofrezca mayores garantías para su desarrollo integral.

La función que ejerce el Defensor de Familia comporta, entre otras, una misión conciliadora, a la cual se refiere el artículo 47 de la Ley 23 de 1991 al otorgarle competencia para conciliar, entre otros asuntos, “la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores” cuando los padres lo soliciten. Y esto mismo puede adelantarse con anterioridad al proceso judicial o durante el trámite del mismo. Si se lleva a cabo la conciliación, se dejará constancia de ello con la firma de las personas que intervinieron. Cuando fracase se puede dar inicio al proceso judicial ante la jurisdicción respectiva.

Este procedimiento fue agotado por el demandante como consta en el expediente de tutela, y a consecuencia del cual se comprometió a hacer entrega de sus hijos a la madre, luego de haberlos tenido provisionalmente mientras se constataba el peligro aducido por él mismo cuando solicitó la custodia de los niños y que se encontró que no existía. Dentro de este contexto ha de decirse que no se conocen -no aparece en el proceso- los antecedentes y conducta del padre petente como para saber si realmente es él la opción mejor para tener a sus hijos.

Es pertinente anotar que este proceso cuya competencia corresponde al Instituto de Bienestar Familiar, es de carácter administrativo, mas no judicial, y permite que se vuelva a intentar cuando uno de los padres lo solicite en procura de la defensa y protección del menor. También es necesario indicar que este proceso no es de obligatorio agotamiento, ya que se puede obviar y recurrir a la jurisdicción de familia directamente y solicitar a través de un procedimiento verbal sumario, la custodia de los hijos. Empero, se puede acudir al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cuando no haya proceso judicial en curso.

Al respecto, señala el artículo 16 del decreto 2272 de 1989, lo anterior así:

“Competencia. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tendrá, además, las siguientes funciones:

1. Aprobar cuando no haya proceso judicial en curso, las conciliaciones entre cónyuges,

padres y demás familiares sobre los siguientes asuntos:

...d) Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos, ”

Cuando el proceso de custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores se ejerce ante la jurisdicción de familia, conocen en primera instancia los jueces de familia de la residencia del menor, y a falta de Juez de Familia o Promiscuo de Familia, con competentes en primera instancia los jueces civiles o promiscuos municipales del lugar.

Lo anterior está previsto en los artículos 5o. literal d) y 7o. numeral 2 del Decreto 2272 de 1989, que expresan:

Artículo 5o. “Competencia. Los Jueces de Familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos:

...

d)De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores...”

Artículo 7o. “Competencia de los Jueces civiles y promiscuos municipales. Los jueces civiles y promiscuos municipales también conocen de los siguientes asuntos:

...

En primera instancia:

...

2. De los procesos atribuidos a los jueces de familia en única instancia, cuando en el municipio no exista Juez de familia o promiscuo de Familia...”

El proceso que se sigue ante la jurisdicción de familia, es el verbal sumario contemplado en el artículo 435 numeral 5o. del Código de Procedimiento Civil, que dice así: “Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo los siguientes asuntos: párrafo 1o. En consideración a su naturaleza: ... 5o. las controversias que se susciten entre padres o cónyuges o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto del ejercicio de la patria potestad; los litigios de igual naturaleza en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos...y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención de Juez previstos en la ley 24 de 1974, en los decretos 2820 de 1974, 206 y 772 de 1975...”, sin perjuicio de las atribuciones que correspondan al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Este procedimiento es judicial porque su tramitación y decisión corresponde a los Jueces de Familia. Así entonces, el padre de la infante pudo acudir a los Juzgados de Familia para pedir la custodia y cuidado personal de la menor o también para solicitar la pérdida o suspensión de la patria potestad que sobre ella tiene Alba Inés Vichada Diez, acorde con el proceso previsto en el artículo 427 del Código de Procedimiento Civil.

Señala este artículo:

“Art. 427. Asuntos que comprende. Se tramitarán en proceso verbal por el procedimiento consagrado en este capítulo, los siguientes asuntos:

Parágrafo 1o. En consideración a su naturaleza:

...

2. Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad o de la administración de bienes del hijo y remoción del guardador.

...”.

Así las cosas, el demandante todavía le quedan unos medios procesales por agotar y son precisamente algunos de los judiciales anteriormente descritos, relacionados con la custodia de la menor y la privación y suspensión de la Patria Potestad, que se pueden reclamar respecto de la madre. Con todo ha de hacerse la precisión de que si se presentara situación de peligro para la menor quedarían las puertas abiertas de la tutela por ser medio más eficaz para salvaguardar inmediatamente sus derechos.

De todos modos, la Defensora de Familia mantendrá la debida vigilancia sobre la situación de los menores Dora Luz y Jorge Iván, con el fin de asegurarse que no correrán peligro en su integridad física y moral al lado de su madre. En caso de que las circunstancias cambien, esto es, que se presenten hechos que pongan de presente tal peligro, tomará las medidas del caso para evitarlo. Y así se ordenará en este fallo.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión No. 6 de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

**R E S U E L V E :**

Primero: Confirmar el fallo del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), por medio del cual se negó la tutela ejercida por José Iván Gómez contra Alba Inés Villada.

Segundo: La Defensoría de Familia de Dosquebradas, Centro Zonal No. 3 o al que corresponda, mantendrá la debida vigilancia sobre las menores Dora Luz y Jorge Iván a efecto de que en el futuro no corra peligro su integridad física o moral, pues, de lo contrario habrá de adoptar oportunamente las medidas que provean a corregir tal situación en desarrollo del principio del interés superior del menor.

Tercero: Comuníquese a la Defensoría a que se refiere el numeral 2o. anterior, con entrega de copias de este fallo.

Cuarto: Comuníquese al Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Cabal (Risaralda), la presente sentencia para que sea notificada a las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, con entrega de copia de la misma.

**COMUNIQUESE Y NOTIFIQUESE**

**SIMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ**

Magistrado Ponente

JAIME SANIN GREIFFENSTEIN

CIRO ANGARITA BARON

Magistrado

Magistrado

MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General