

Sentencia No. T-523/92

ACCION DE TUTELA-Informalidad/REVISION FALLO DE TUTELA-Alcance

La acción de tutela puede ser intentada por cualquier persona, con prescindencia de su edad, origen, raza, nivel económico, social o profesional y, por supuesto, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisitos formales ni las fórmulas exactas y ni siquiera un escrito, por cuanto puede ser verbal.

DERECHO A LA FAMILIA-Principio de Unidad

Dentro de la concepción individualista, la unidad de familia aparece como el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de dicha unidad, en función de los intereses individuales de sus miembros. Supone, pues, una paulatina privatización de las relaciones familiares dentro de la cual se valora la libertad de aquellos tanto dentro de la convivencia como en el ejercicio del derecho a la separación, cuando la primera no esté ya respaldada por la perduración del consentimiento. En una concepción solidarista, por el contrario, se reconoce que la privatización no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles o a la sociedad civil o perjudicar la estabilidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior. Una de cuyas manifestaciones es, hoy precisamente, el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella.

DERECHO DE VISITA-Menores de Edad

Por su naturaleza y finalidad la visita es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio ha de estar enderezado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares. 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 civil.

El derecho de igualdad de la peticionaria resulta vulnerado por cuanto el régimen de visitas no se compadece con su condición de titular conjunta de la potestad parental de sus hijos menores y la frecuencia y condiciones de las visitas, -agravadas por la distancia que media entre su hogar y el actual domicilio de su dos menores- impiden en alto grado que la madre biológica pueda tener un control efectivo sobre la educación de su prole y colaborar eficazmente a su desarrollo emocional.

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

Cuando el libre desarrollo de la personalidad se proyecta en el ámbito de la familia y, específicamente, en la función de prolongar la especie su ejercicio debe ser plenamente compatible con los intereses de la institución que atrás se han indicado, comoquiera que esta dimensión es un claro poder-deber que la Carta vigente reconoce y protege el cual, por su naturaleza, no puede quedar librado a los dictados exclusivos -a veces caprichosos- del ego individual.

REF.: EXPEDIENTE 2598

PROCEDENCIA: CORTE SUPREMA DE

JUSTICIA SALA DE

CASACION CIVIL

TEMAS:

- La familia en la Constitución de 1991
- El derecho del niño a tener una familia
- El régimen de visitas
- Los derechos de la madre

MAGISTRADO PONENTE:

CIRO ANGARITA BARON

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y José Gregorio Hernández Galindo

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de acción de tutela promovido por la señora XX contra providencia del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia, de la ciudad de Popayán.

I. ANTECEDENTES

El negocio llegó a conocimiento de esta Corte por la vía ordinaria de la remisión que hizo la Corte Suprema para su eventual revisión, en virtud de lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Con base en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección correspondiente de la Corte Constitucional eligió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia.

Por reparto correspondió el negocio a esta Sala, la cual lo recibió formalmente el día 17 de Junio del presente año y entra ahora a dictar sentencia de revisión, de conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991.

En uso de las facultades que le otorga el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y mediante escrito dirigido al presidente de la Corporación el día 25 de Agosto de 1992, el Defensor de

Pueblo solicitó la revisión de este negocio.

Fundamentó su petición en la necesidad de que la Corte aclare los derechos de los menores a tener una familia. Asimismo, solicitó que se establezca si la obligación de regular las visitas de los padres a los hijos menores por parte del Juez de Familia es un derecho que existe en cabeza de los hijos o sí, por el contrario de él son titulares los padres.

1. La acción.

El día 13 de Enero de 1992, la señora XX impetró acción de tutela ante el Tribunal Superior de Popayán, por medio de apoderado.

2.1 El 22 de julio de 1988 la accionante y el señor YY, padres de tres menores, celebraron en la ciudad de Santafé de Bogotá un acuerdo mediante el cual establecieron el régimen sobre la tenencia y cuidado personal de sus hijos. En dicho documento se estipularon entre otras, las siguientes materias:

a.- En relación con el ejercicio de la patria potestad se determinó que se ejercería conjuntamente por ambos padres.

b.- La tenencia y el cuidado de dos de los menores quedó en manos del padre, mientras que la de la niña menor, en las de la accionante.

c.- Los niños podrán salir del país con uno de sus padres, previa autorización del otro, en los términos y con los requisitos legales vigentes.

d.- Los gastos que demande la crianza, educación, alimentación, vivienda, vestuario y salud serán cubiertos en su totalidad por el quien ejerza directamente la tenencia de los hijos.

e.- Asimismo, se reguló el régimen de visitas de la siguiente forma: los menores al cuidado del padre, podrán visitar a su madre un fin de semana cada quince (15) días, desde la tarde del viernes cuando serán recogidos por ésta en el domicilio de los niños, hasta la tarde del lunes, o el martes en caso de puente festivo, cuando regresarán al domicilio del padre. De

igual forma la niña menor visitará a su padre.

f.- Respecto de las vacaciones escolares tanto de fin como de mitad de año, se dispuso que serán compartidas por los padres en períodos iguales. En cuanto a las de semana santa, las disfrutarán un (1) año la madre y el siguiente el padre y así sucesivamente, empezando la madre el disfrute de las de 1989.

2.2. El Juez Primero Civil de Menores de Santafé de Bogotá, a solicitud presentada por ambas partes, resolvió legalizar dicho acuerdo y, ordenó la terminación del respectivo proceso de tenencia que se adelantaba en su despacho.

2.3. El 17 de Agosto de 1988, la señora XX demandó al señor YY por haber incumplido el acuerdo suscrito. Como pretensión principal se solicitó la reglamentación judicial de las visitas de la madre a los menores, quienes están bajo la tenencia del padre. Igualmente se pidió como medida cautelar que el juez decretara visitas provisionales mientras durara el trámite del proceso.

2.4. El Juzgado Segundo Civil de Menores de Santafé de Bogotá, a quien por reparto le correspondió el conocimiento de la anterior demanda, decretó el día 4 de Febrero de 1989 un régimen provisional de visitas a favor de la demandante. En él se estableció que la madre recogerá a los menores desde el día viernes a las 6:00 P.M. hasta el domingo a las 7:00P.M. , un fin de semana cada 15 días.

2.5. Contra la anterior providencia se interpuso el recurso de reposición por parte del apoderado del señor YY, argumentando básicamente la negativa de los DOS menores para visitar a su madre. Sin embargo, el Juzgado mantuvo en firme la aludida providencia.

2.6. El Juzgado Tercero Civil de Menores, al cual le fue remitido el proceso por haberse declarado impedido el Juzgado Segundo, conoció de la excepción previa de falta de competencia propuesta por el abogado de la parte demandada. Esta excepción tuvo como fundamento el cambio de domicilio del señor YY, quien de Santafé de Bogotá pasó a residir en la ciudad de Popayán junto con los menores. .

Después de haber practicado unas pruebas de oficio, el día 3 de Noviembre de 1989 el Juez Tercero declaró probada la excepción interpuesta y procedió a remitir el respectivo proceso

a la Jurisdicción de Menores de la ciudad de Popayán.

2.7. El 7 de Mayo de 1990 el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de Popayán de 1990, se pronunció sobre la solicitud de la parte demandada en relación a la suspensión de las visitas provisionales vigentes, y modificó los términos de dicho régimen. Fue así como dispuso que las mismas se realizarán los últimos días sábado y domingo de cada mes, de las 2:00 P.M. a las 6:00 P.M., en el sitio de residencia de los menores, o sea, en Popayán.

2.8. El 22 de Mayo de 1990 el proceso pasó a conocimiento del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Popayán, el cual resolvió el recurso de reposición contra la anterior providencia. El Juzgado decidió mantener la decisión.

2.9. El 30 de Octubre de 1991 se realizó una audiencia pública de conciliación, con la presencia de ambas partes y sus respectivos abogados, en la cual no llegaron a ningún acuerdo en torno a las pretensiones aludidas.

2.10. Finalmente, el 15 de Noviembre de 1991 el mismo Juzgado dictó sentencia en la cual decretó un nuevo régimen de visitas de la siguiente manera: el último sábado y domingo de cada mes, en el horario comprendido entre las 10:00 A.M y las 5:00 P.M. Las visitas se realizarán en el domicilio de los dos menores.

3. Sentencia del Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Popayán.

El 15 de Noviembre de 1991, el Juzgado Tercero profirió la sentencia dentro del proceso verbal sumario de regulación de visitas, con los siguientes fundamentos:

“Analizadas todas y cada una de las piezas procesales se concluye que a la señora XX, demandante, no se le han desconocido sus derechos como madre y por ende de ver a sus hijos. Desde el comienzo del proceso se establecieron las visitas, las cuales después por una serie de circunstancias y además por el rechazo de los menores a recibir a la madre así como a quedarse en su compañía conforme lo decía el acuerdo suscrito entre las partes.” (Folios 280-281).

“El amor filial no se compra, no se impone, se gana, con obras, con acciones, con abnegación

y con amor”. (Folio 281).

(...) “Los Juzgados de Familia, deben proteger el núcleo familiar, esa es la esencia de ellos, pero ante todo y sobre todo a los niños, máxime cuando nuestra Carta Magna en su artículo 44, inciso 3o. dice expresamente: “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Esta norma se concuerda con lo establecido en el Decreto 2777 de 1989 (Código del Menor) en su artículo 10. Por tanto las actuaciones a lo largo del proceso se ha orientado a proteger a los dos menores, en su integridad física, psíquica e intelectual.”

“Pese a estas consideraciones este Despacho estima que no se puede desconocer, como no se ha hecho, los derechos de la madre, el artículo 256 del C.Civil así lo establece y por ello estima conveniente y sano propiciar el acercamiento de la madre a sus menores hijos, estableciendo un régimen de visitas. Suspenderlas no es procedente, con ello se estaría desconociendo los derechos de la señora madre, pero dejando muy en claro que esas visitas no pueden ser impuestas o como una coacción sobre los hijos o una retaliación entre sus progenitores, si es así se estaría violando los derechos fundamentales de los menores tan protegidos en nuestro ordenamiento jurídico actual. Más, teniendo en cuenta que se trata de menores-adultos, con criterios definidos, con dominio de sus facultades dentro de su edad y para quienes el forzamiento no conduciría a una modificación de actitud hacia su madre.”

“Es oportuno recordar a las partes que los progenitores están en la obligación de buscar el equilibrio emocional de los hijos por lo tanto es conveniente permitir el acercamiento filial, anteponiendo el bienestar de sus hijos a los conflictos de pareja. En consecuencia de esto el padre, esta en la ineludible obligación de propiciar ese acercamiento, ambientar esas visitas, hacer todo lo que esté a su alcance para que los dos menores no programen nada para los días en que su madre venga a visitarlos. En varias ocasiones él ha manifestado que no se opone a que sus hijos vean y reciban a su madre, no ha influido jamás en la decisión por ellos tomada, por lo tanto esta recomendación no está por demás.”

“En este orden de ideas el Despacho decretará el régimen de visitas para el último sábado y domingo de cada mes, durante el siguiente horario: De 10:00 A.M., a 5:00 P.M.”

“No se considera en esta oportunidad a regular las visitas relacionadas con las vacaciones escolares, de semana santa y navidad hasta tanto no haya una verdadera integración materno-filial de los menores y su madre.” (Folios 282, 283,284).

4. Solicitud de tutela..

Mediante acción de tutela interpuesta el 13 de Enero de 1992, el apoderado de la peticionaria

“Solicita se ordene a la Juez Tercero Promiscuo de Familia de Popayán decrete un régimen de visitas en el cual la demandante pueda ver a sus hijos en condiciones equitativas que garanticen el desarrollo de su personalidad de mujer y madre, los derechos inherentes y el cumplimiento de los deberes de cuidado, amor y educación de sus hijos menores en un lugar que garantice las condiciones mínimas de libertad e intimidad familiar”.(folio 413).

Estima que la aludida decisión judicial viola derechos constitucionales fundamentales tales como

” La igualdad sustancial que el Estado debe promover, consagrada en los artículos 13 y 43, en concordancia con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, celebrado (sic) en New York, diciembre 18 de 1979, aprobado (sic) mediante ley 51 de 1980, aplicable por mandamiento del art. 93 de la Constitución, el libre desarrollo de su personalidad en su condición de mujer y madre, consagrada en el art. 16; y los derechos de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor de su madre y a la educación que ella les imparta, según el art. 44.” (Folio 409).

5.- Sentencia del Tribunal.

En decisión del 27 de Febrero de 1992, el Tribunal Superior de Popayán

negó la acción de tutela por las siguientes razones:

- La demanda no es clara por cuanto no reúne el requisito a que se refiere el artículo 75 numeral 5o. del Código de Procedimiento Civil, toda vez que no enuncia lo que se pretende, con precisión y claridad. En particular

“no determina la demanda cuál podría ser ese REGIMEN DE VISITAS que garantice a la demandante ver a sus hijos menores ni señala cuáles podrían ser esas condiciones equitativas, ni el lugar que pueda garantizar las condiciones mínimas de libertad e intimidad familiar (Folio 446).

- Que las pretensiones se vieron satisfechas con la sentencia que el funcionario de conocimiento profirió en el proceso de reglamentación de visitas.
- La peticionaria tiene otros medios de defensa judicial para el logro de sus pretensiones, lo cual hace improcedente la acción de tutela por ser éste un mecanismo subsidiario. Los otros sistemas de defensa que consagra el ordenamiento jurídico son el recurso extraordinario de revisión siempre y cuando se configure alguna de las causales a que se refiere el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, o instaurar nuevamente un proceso verbal sumario de regulación de visitas.
- " El auto No. 801 de 15 de Noviembre de 1991, que denegó el recurso de apelación contra la sentencia de la misma fecha, proferida por la Sra. Juez Tercero Promiscuo de Familia de Popayán, no es de aquellos que pone fin a un proceso, por eso es evidente que en su contra no procede la ACCION DE TUTELA IMPETRADA." (Folio 453).
- " Las sentencias y providencias judiciales que PONGAN FIN A UN PROCESO, a que se refiere el art. 40 del Decreto 2591 de 1991, en su parte pertinente, debe ser proferida por los funcionarios que en la misma norma se indica, esto es, por los Jueces Superiores, los Tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, luego, fácil es concluir, que los JUECES DE FAMILIA no están incluidos en tal normatividad." (Folio 455).
- Por último, de la parte resolutive de la sentencia no puede deducirse la lesión de los derechos constitucionales fundamentales a que se refiere la señora XX . La decisión adoptada obedece fundamentalmente a " lograr el equilibrio emocional y psicológico de tales menores, quienes en épocas anteriores se negaban a viajar al domicilio de la madre en Bogotá y se sentían tensos e irritables dentro del transcurso de tales visitas. Pareciera que esa reglamentación no es equitativa, teniendo en cuenta que ellos permanecen al lado de su padre, por razón de ejercer la tenencia y cuidado de los mismos y sean muy restringidas esas visitas, para una madre que desea estar al lado de sus hijos a fin de fomentar su amor maternal y propender por su educación integral, pero esa decisión fue tomada después de evaluar el acervo probatorio, los conceptos de profesionales en Psicología, respecto a la conveniencia o inconveniencia de visitas más próximas". (Folio 454).

En virtud de lo anterior, la Sala Laboral del Tribunal deniega la acción de tutela impetrada por la peticionaria.

6.- Salvamento de voto

En su salvamento de voto el autor del proyecto de sentencia improbadamente por el Tribunal, Magistrado Néstor Raúl Charrupi Jiménez, pone de presente que

“La reiterada invitación a los niños a declarar por parte de los Jueces de Familia, inclusive con formalidades ajenas para su edad como las del juramento, en lugar de propiciar un acercamiento familiar estimulaban su desintegración, cosa que se puede entender en la medida del endurecimiento de las declaraciones de los niños para con la madre a medida que los citaban. A los niños hay que advertirles que la vida es un camino de dos vías, una que va y otra que viene, y si los padres tienen obligaciones para con los hijos, éstos en el día de mañana tendrán para con los padres y que socialmente no es permitido a los hijos referirse sin el debido respeto para con los padres” (Folios 475-476).

Observa también que hay una serie de indicios de desigualdad tales como el señalamiento a la madre de un horario de visitas casi que carcelario. En estas condiciones,

“Una regulación que indicase la igualdad de las partes no podría haber sido inferior, a la Regulación (sic.) acordada entre el señor XX y la señora YY aceptada por el Juzgado Primero Civil de Menores de Bogotá el día 26 de Julio de 1988”. (Folio 447).

Por todo lo anterior reitera que es procedente conceder la tutela solicitada.

7.- Impugnación de la sentencia.

En escrito de fecha 2 de Marzo de 1992, (folios 480-486) la apoderada de la peticionaria impugnó el fallo referido por las siguientes razones:

- En primer término, considera la demandante que la Sala interpreta el artículo 40 del Decreto 2591 de 1991 en forma restrictiva, como si de él se pudiera deducir que la tutela únicamente procede contra actos jurisdiccionales cuando se trate de sentencias que pongan fin a un proceso y hayan sido proferidas por los Jueces Superiores, los Tribunales, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La interpretación de dicho artículo debe hacerse en concordancia con el artículo 86 de la Carta, lo que lleva a concluir que la tutela sí procede contra actos jurisdiccionales diferentes

de los enumerados en la norma sobre competencia especial, ya que para esos casos se aplica las reglas generales predicables de los actos de toda autoridad que violen o amenacen un derecho fundamental.

- En relación a la existencia de los otros medios de defensa judicial descritos por el Tribunal, no se tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 sobre la necesidad de apreciar en concreto el otro mecanismo, con el fin de determinar su verdadera eficacia, teniendo en cuenta las reales circunstancias en que se encuentre el solicitante. En efecto, iniciar un nuevo proceso judicial significa en la práctica una cantidad de tiempo en una situación que no tolera más dilaciones, por cuanto la relación madre-hijos no puede seguir postergándose, so pena de que se acentúen los daños causados en las relaciones familiares.

En cuanto al recurso de revisión, no pareciera que por lo pronto se den las condiciones para interponerlo y no es posible hacer pender de argumentos y tecnicismos jurídicos, asuntos de la gravedad de los derechos cuyo amparo se solicita.

- Igualmente se expresa que la situación en que se colocó a la señora XX frente a sus hijos, por razón de la providencia adoptada por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Popayán es a todas luces inhumana.

- En conclusión, el Tribunal dejó de analizar y evaluar la gravedad de sus decisiones frente al conflicto familiar del caso, propiciando de esta manera, una dilación injustificada de su solución, desconociendo abiertamente los derechos fundamentales de la peticionaria y la posibilidad de que ella pudiera contribuir al restablecimiento del equilibrio emocional de sus hijos y a evitar que se continuara lesionando su desarrollo personal afectivo y psicológico y a la agravación de un daño prácticamente irreparable.

8.- Solicitud de confirmación.

Mediante escrito del apoderado judicial del señor YY (folio 359-364) solicitó que se confirmara el fallo de tutela de primera instancia proferido por el Tribunal Superior de Popayán, arguyendo fundamentalmente que la tutela no puede confundirse con una tercera instancia y que es improcedente contra las sentencias judiciales. Estima también que no se ha violado el principio de igualdad, el cual debe predicarse ante la ley y no ante los hechos,

como tampoco el libre desarrollo de la personalidad comoquiera que el juzgador estudió los elementos indispensables “para que los hijos menores puedan hallar el camino menos difícil para la realización de la persona”.

9.- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

El 1o. de Abril de 1992, (Folios 365-378) la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, confirmó la sentencia del Tribunal por las siguientes razones:

- La acción de tutela es un mecanismo de defensa de carácter excepcional que tienen todas las personas contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública que vulneren o amenacen violar sus derechos fundamentales. Lo anterior significa que, ante la existencia de otro medio de defensa apto para proteger determinado derecho, la tutela no procederá. Ésta no puede contrariar los procedimientos judiciales previamente establecidos en los respectivos códigos ni constituir recurso ordinario o instancia adicional.

- En el caso concreto, la sentencia contra quien se dirige la acción de tutela no hace tránsito a cosa juzgada material y, por consiguiente, la solicitante puede iniciar nuevamente el proceso judicial de regulación de visitas. Este otro medio de defensa le cierra el camino a la tutela.

“dentro de la actual concepción familiar (basada ante todo en la unidad dentro de la diversidad, igualdad y autonomía en sus miembros) el aspecto subjetivo de la visita aparece como un derecho familiar de los padres, limitado en su contenido hasta el punto que puede llegar a ser sustituido por el “interés superior del menor” (Art. 20 del Decreto 2037 de 1989) pues dado el tratamiento actual de este último, no como objeto o sujeto pasivo de los padres, sino como personas con interés y autonomía funcional distintas a las de este último, el derecho de aquél ha de prevalecer aún a costa del derecho que habrá de corresponder a los padres, tal como ocurría por ejemplo, en aquella situación irregular de abandono o de peligro cuando por la ruptura de los lazos de pareja (por separación de hecho o de derecho, divorcio, nulidad del matrimonio o cualquier otro motivo se afecta la salud física o mental), particularmente cuando con ella se intensifica la angustia y la incertidumbre de su estado o se trata de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o despego hacia alguno de sus progenitores (art. 31, numeral 7 y parágrafo 2o. Código del Menor Citado).”

De todo lo anterior la Corte concluye que

“no es atendible esta acción en razón a que, como lo manifiesta el Tribunal, la sentencia 314 ya aludida no hace tránsito a cosa juzgada material y, por ende, la solicitante de tutela puede iniciar nuevamente el proceso judicial de regulación de visitas en los términos arriba mencionados, que por lo mismo es un medio de defensa a su alcance, que le cierra las puertas a esta institución.”

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia del 27 de Febrero de 1992, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán denegó la acción de tutela incoada por la señora XX, mediante apoderado judicial.

10.- Alegato de la actora.

Por medio de apoderado judicial, solicitó que se tuvieran en cuenta los argumentos que había planteado ante la Sala de selección de tutela, los cuales se enderezan a rebatir los argumentos de la Corte Suprema para denegar la tutela (folio 575-584).

11.- Alegato del demandado.

El 28 de Julio del año en curso, su apoderado presentó ante la Corte Constitucional sus argumentos en los cuales solicita que se confirme en todas sus partes el fallo proferido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 1o. de Abril de 1992. (Folio 593-597).

Luego de considerar intrascendente la revisión misma y exótico y extravagante el criterio selectivo, entiende que la Corte se ocupe de este asunto sólo a condición de que se inspire en una amplia noción de justicia constitucional.

Hace luego en su escrito un comentario acerca del marco de la tutela y resume las sentencias del Tribunal y la Corte con los cuales se muestra de acuerdo. Estima improcedente la acción de tutela para modificar sentencias judiciales, básicamente por las razones expuestas por los falladores de instancia.

12. Pruebas.

El expediente llegó a la Corte Constitucional con las siguientes pruebas:

- Acuerdo realizado por la señora XX y el señor YY sobre el régimen de tenencia y cuidado personal los menores, cuyo contenido se resumió atrás (Folio 15-17).
- Declaraciones de los dos menores en relación a sus relaciones con su madre, la señora XX (Folios. 38, 39, 213, 214, 429).
- Conceptos de especialistas sobre el comportamiento de los menores con su madre. (Folios 35, 36, 149, 150, 257).
- Informe psicológico de la doctora Olga Velasco de Herrera, quien opina que los menores no pueden vivir en Santafé de Bogotá por cuanto el ambiente es pesado y no hay tranquilidad para ellos. (Folios 40-44).
- Visita socio-familiar practicada por una trabajadora social del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar el 16 de Marzo de 1989 quien conceptúa que los menores se encuentran en buenas condiciones con su progenitor. (Folio 104).
- Estudio psicológico practicado a señor YY , el día 15 de Marzo de 1984 en la ciudad de Santafé de Bogotá. En dicho análisis se estableció la existencia de un transtorno mixto de la personalidad pasivo-agresivo y afectivo. (Folios 241-244).
- Memorial presentado por la señora XX el día 17 de Junio de 1991 y dirigido al Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Popayán, mediante el cual expresa todas sus consideraciones sobre el problema familiar en que se encuentran envueltos. (Folios 304-354).

13.- Conceptos de expertos.

En desarrollo de la facultad consagrada en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, el Magistrado ponente invitó a la psicóloga BEATRIZ DE LA VEGA (Folios 601-602), a presentar por escrito su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del fallo.

La experta pone de presente que la situación actual de los niños es difícil comoquiera que una relación tan problemática con la madre hace que los menores carezcan de una parte importantísima de la familia. A esto se agrega el vivir alejados de su hermana menor.

La actual crisis en las relaciones de sus progenitores inciden negativamente en los niños por cuanto

El conflicto entre los padres separados afecta el desarrollo armónico e integral de cualquier niño. Es menos difícil la situación de los hijos cuando los padres llegan a un acuerdo en relación a ellos y no los involucran en sus conflictos de pareja.

Estima, de otra parte, que no existe una situación irremediable en las relaciones de la peticionaria con menores al cuidado del padre porque en verdad

Los niños no rechazan a la madre, sino actitudes de ella que los angustia; se percibe en las declaraciones de la niña tristeza por la preferencia de la madre hacia la hija menor. A ambos menores les molesta el ambiente de la casa en Bogotá y se quejan del trato que reciben allí.

Los actuales problemas de los niños tienen una causa clara y determinante a saber

El conflicto de los menores es originado por la actitud de los padres, no por las decisiones de los jueces. Los adolescentes han vivido una situación de inseguridad por conflictos legales, que solo se pueden solucionar con un acuerdo entre los padres separados para proteger a los hijos de ambos y permitir una relación normal de la madre.

Es de anotar el hecho que no se menciona a la niña menor que vive con la madre en las diferentes etapas de éste problema legal y humano.

El efecto es decididamente traumático y negativo puesto que

puede perjudicarlos en su estabilidad emocional futura. Pero no se puede solucionar con medidas judiciales que obliguen a dos (2) adolescentes a entrevistas forzadas con su madre, creo que los menores debieran recibir una terapia psicológica que les ayude a superar este problema y a aceptar una relación de visitas con la madre. Sería importante que los dos (2) padres colaboraran para hacer menos difícil la situación a los menores. La intervención de un Psicólogo de familia sería muy útil en éste caso para completar la ayuda que reciban los menores de un profesional idóneo, que se pueda contactar en Popayán. No se trata de evaluaciones sino de un tratamiento de varios meses.

La profesora de la Universidad Nacional Doctora LIGIA ECHEVERRY DE FERRUFINO hace

inicialmente algunas consideraciones en torno a la familia como núcleo esencial para la formación y desarrollo de la personalidad humana; también sobre la presencia de inequidad y discriminación en cuanto al régimen de visitas. Finalmente, formula algunas sugerencias enderezadas a establecer las relaciones de pareja en defensa del interés superior de los niños.

Por cuanto se refiere al concepto sociológico de familia la experta señala que:

Se define la familia como un sistema social natural con características propias, tales como el desarrollo de un conjunto de roles y reglas, una estructura de poder, patrones específicos de comunicación y formas de negociación y resolución de problemas, a través de las cuales se despliegan las funciones inherentes a su naturaleza como grupo y como institución. Dentro de dicho sistema, los individuos están vinculados entre sí por un apego emocional intenso, durable y recíproco, y por lealtades cuya fuerza puede fluctuar en el tiempo, pero que se mantienen a lo largo de la familia. (Goldemberg y Goldemberg, 1985). (Folios 605).

Observa también que en el régimen de visitas del caso que ocupa la atención de esta Corte

Formula algunos reparos a dicho régimen desde la perspectiva de la equidad por cuanto

En conciencia creo que hay un tratamiento inequitativo derivado del régimen de visitas decretado por el Juez. Es inequitativo para la madre y para los menores, ya que se impone con demasiada rigidez lo cual, por sí solo, produce estrés a todo el sistema y a cada uno de sus miembros. Si bien toda disolución causa desorganización familiar, ésta se puede minimizar manteniendo interrelaciones maduras y evitando las presiones de toda índole. (Folio 610).

En cuanto al régimen de visitas, en particular, sugiere que debe ser más flexible

Es necesario que el padre acepte que éstas se realicen cuando y donde “puedan y quieran” madre e hijos, para que la comunicación e interrelación no sean confusas. Considero que si la madre invita a sus hijos menores a su casa o a pasear durante unas vacaciones y ellos pueden y quieren, debe permitirse este tipo de acercamiento. Lo mismo ocurre con los fines de semana. No debe señalarse cuál fin de semana, sino dejar abierta la posibilidad de encuentro. Tampoco la madre puede exigir a sus hijos menores aceptación de las visitas.

Estas deben darse en un ambiente de acercamiento y de afecto que no puede regularse por decreto.

Solamente la comprensión de ambos padres sobre sus responsabilidades en el desarrollo integral de los hijos logrará una decisión acertada en este caso. Por lo pronto la ley debe velar por la equidad, decretando mayor flexibilidad al régimen de visitas y exigiendo, si no es posible llegar a un acuerdo, que ambos padres asistan a una orientación familiar, costeadas por ellos. (Folios 610-611).

El terapeuta de familia Doctor ROBERTO CHASKEL hizo conocer sus opiniones acerca de la crisis de la familia, las dificultades para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes así como sobre el régimen de visitas actualmente vigente (Folios 612-613).

Comienza observando que el caso de análisis

existe una familia natural compuesta de la madre, el padre y tres hermanos, pero no una familia que satisfaga las pautas establecidas en el artículo 42 de la Constitución, ya que ha habido una profunda ruptura entre sus miembros no solo en sus relaciones, sino también en los deberes y derechos de la pareja, por ejemplo la escisión en el proceso educativo-afectivo de los hijos.

Las relaciones familiares no están permitiendo que opere la igualdad de deberes y derechos de la pareja por cuanto

en este grupo familiar no se han mantenido estos derechos y no se han sostenido los deberes en el mutuo acuerdo. Los hijos han tenido que sufrir la distancia geográfica, y muy por encima de ésta, la de actitudes y acciones disfuncionales de los padres.

Es por eso que estima conveniente hacer algo para establecer las relaciones de la pareja en defensa del interés superior de los niños

es poco, al parecer, lo que se ha hecho por reestablecer las relaciones de la pareja en defensa del interés superior de los hijos. Nótese el distanciamiento entre los hermanos. Esta pareja incluye en su ruptura la ruptura del sistema filial. Una terapia tendiente a lograr acuerdos básicos será necesaria para evitar aún mayores resquebrajamientos. Esta terapia puede incluir en diversas sesiones a los distintos componentes de la familia (padres, hijos

solos, madre e hijos, padre e hijos o a todos ellos juntos.

Finalmente, formula reparo al régimen de visitas vigente y algunas sugerencias para lograr que sea equitativo y que garantice debidamente los derechos de los miembros de la familia y permita cumplir los deberes de cuidado, amor y educación y estimular el desarrollo armónico integral de la prole.

El régimen de visitas no responde a lo anteriormente expuesto, o sea no ayuda a evitar el resquebrajamiento. A pesar de que los adolescentes ya toman sus decisiones y hay cuestiones que no se pueden forzar en ellos, no es apropiado distanciarlos aún más de la madre. En la documentación no hay una proposición de la madre sobre las visitas. La proposición del Juzgado es ambivalente en que simultáneamente propone fórmulas de acercamiento entre la madre y sus hijos pero obliga al distanciamiento cuando define la frecuencia.

Un régimen de visitas debe permitir la asistencia de los niños a un sitio neutral o al hogar del padre del cual se encuentran separados. Mínimo debe ser cada 15 días en fin de semana, con una duración mínima de 4 horas. Parte de las vacaciones escolares deben ser compartidas con cada uno de los padres en forma continua. Lo anterior también se aplica para festividades como navidad y año nuevo. Esto todo es aún más válido cuando más distancia geográfica hay entre los padres y sus hijos. Esto no garantiza que las influencias sobre los hijos sean equitativas, sobretodo en el cuidado y la educación, pero si posibilita que el afecto se de sin grandes obstáculos.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La Corte Constitucional es competente para efectuar esta revisión según lo previsto en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Constitución Política y 31, 32, 33 del Decreto 2591 de 1991.

Además es de observar que la providencia fue proferida oportunamente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución en su inciso 4o. el cual no admite excepciones, como ha tenido a bien señalarlo esta Corte.

En consideración a los hechos relatados, esta Sala estima procedente dilucidar, a manera de

aspectos previos fundamentales de su decisión si en este caso existe otro medio de defensa judicial (A), la informalidad de la tutela (B), las características fundamentales del régimen jurídico de la familia en la Constitución de 1991 (C), el contenido específico del derecho constitucional prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella (D), la unidad familiar (E), el derecho de visita, su naturaleza y régimen (F) y los derechos de la madre (G).

A. Otro medio de defensa judicial.

El caso sub-lite indica muy a las claras que los medios de defensa judicial propios del derecho de familia se han convertido en un verdadero rompecabezas para los funcionarios, tal como ellos mismos lo reconocen, hasta el punto de que un proceso verbal sumario de regulación de visitas promovido hace cerca de cuatro años no ha logrado hasta el momento el objetivo supremo de la paz y la armonía en tal regulación, en grave detrimento de los intereses superiores de la familia y su prole.

En consecuencia, los aludidos medios no han demostrado la eficacia que la naturaleza del presente caso exige.

Esta Sala entiende que los derechos de los niños establecidos con carácter prevalente en la Constitución entre otros, el de tener una familia y no ser separado de ella -demandan protección inmediata por cuanto la irrazonable dilación de los procedimientos hasta ahora utilizados está contribuyendo a profundizar más aún la crisis (ya de por sí grave) que afecta a todos sus miembros y , en particular, a los niños.

En virtud de lo anterior, esta Corte estima necesario reiterar una vez más su pronunciamiento acerca de la eficacia equivalente que deben tener los medios alternativos de defensa judicial llamados a sustituir la tutela en el caso concreto, como instrumento de protección de los derechos constitucionales fundamentales vulnerados.

“es claro entonces que el otro medio de defensa judicial a que alude el artículo 86 debe poseer necesariamente, cuando menos, la misma eficacia en materia de protección inmediata de derechos constitucionales fundamentales que, por su naturaleza, tiene la acción de tutela. De no ser así, se estaría haciendo simplemente una burda y mecánica exégesis de la norma, en abierta contradicción con los principios vigentes en materia de

efectividad de los derechos y con desconocimiento absoluto del querer expreso del Constituyente”.

“En otros términos, en virtud de lo dispuesto por la Carta del 91, no hay duda que “el otro medio de defensa judicial” a disposición de la persona que reclama ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales ha de tener una efectividad igual o superior a la de la acción de tutela para lograr efectiva y concretamente que la protección sea inmediata. No basta, pues, con la existencia en abstracto de otro medio de defensa judicial si su eficacia es inferior a la de la acción de tutela”¹ .

El argumento según el cual la petente dispone de otros medios de defensa judicial debido a que el fallo producido dentro del proceso verbal sumario y objeto de la presente acción de tutela, no es de aquellos que hace tránsito a cosa juzgada material, y que por lo tanto puede volver a recurrir a él, resulta incompatible con el contenido material de la Constitución de 1.991. En efecto, esta Corte ha señalado ya que

“La consagración en el texto constitucional de principios generales, valores y derechos en favor de las personas, ha enriquecido indudablemente su contenido material.”

“(…) El contenido material de la Constitución se erige en criterio de validez del entero ordenamiento jurídico y del universo de las actuaciones de los poderes constituidos, cuya regularidad y pertenencia al derecho estatal no se cumple solamente satisfaciendo criterios orgánicos y formales”² .

Uno de los derechos fundamentales que conforma el contenido material de la Constitución es el derecho a la integridad y supremacía de la Carta Política, el cual:

“se traduce en materia de derechos fundamentales en el derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales. De conformidad con lo estipulado en el artículo 228 de la Constitución, los mecanismos procesales ideados por el constituyente y por el legislador deben interpretarse de manera que prevalezca el derecho sustancial. La acción de tutela -al igual que los restantes mecanismos y procedimientos legales de protección de los derechos fundamentales- deben interpretarse, en consecuencia, buscando el máximo grado de cumplimiento y eficacia de la Constitución que, en este caso, equivale a la mayor efectividad del derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos

fundamentales.”

Es, pues, dentro de este contexto donde debe determinarse la existencia del otro medio de defensa judicial por cuanto que no basta verificar únicamente

“Si el ordenamiento contempla expresamente una posibilidad legal de acción. No se trata de garantizar simplemente el “derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia” (C.N. art. 229), sino el derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales. En consecuencia, debe determinarse, adicionalmente, si la acción legal alternativa, de existir, es capaz de garantizar la protección inmediata de los derechos vulnerados o amenazados.”

Después de aclarar que tal interpretación consulta los instrumentos de derecho internacional suscrito por Colombia, como por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos, esta Corte señaló también en su referida providencia que

“En este orden de ideas, es importante destacar que las notas de “sencillez”, “rapidez” y “efectividad”, son determinantes para establecer si un procedimiento legal, diferente a la acción de tutela, tiene aptitud para brindar a los afectados la protección inmediata de sus derechos constitucionales vulnerados o amenazados.”

...”La sencillez del medio judicial se determina según la mayor o menor complejidad del procedimiento y las limitaciones de orden práctico que ello suponga para que el afectado pueda tener posibilidades reales de iniciar y mantener la correspondiente acción, atendidas sus condiciones socio-económicas, culturales y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se encuentre. Las peticiones que a este respecto formulen las personas pertenecientes a los grupos discriminados o marginados deben merecer especial consideración, pues la acción de tutela puede ser una medida de favor que mitigue en algo la desigualdad que tradicionalmente ha acompañado a estos grupos (C.N. art. 13).”

“La rapidez del medio judicial está relacionada con la mayor o menor duración del proceso y el efecto que el tiempo pueda tener sobre la actualización de la amenaza de violación del derecho o las consecuencias y perjuicios derivados de su vulneración, para lo cual deberán examinarse las circunstancias del caso.”

“La efectividad del medio judicial es una combinación de las dos notas anteriores, pero se orienta más al resultado del proceso y por ello se relaciona con la medida de protección ofrecida al afectado durante el proceso y a su culminación. Aquí el juez debe analizar a la luz de los procedimientos alternativos, cuál puede satisfacer en mayor grado el interés concreto del afectado, lo cual en modo alguno implica anticipar su resultado sino establecer frente a la situación concreta, el tipo de violación del derecho o de su amenaza, la complejidad probatoria, las características del daño o perjuicio y las condiciones del afectado, entre otros factores, lo adecuado o inadecuado que puedan ser los medios judiciales ordinarios con miras a la eficaz protección de los derechos lesionados.”

“Es evidente que si el afectado ha hecho uso de los medios de defensa judiciales ordinarios hasta agotarlos, sin obtener efectiva protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, a su término no dispondrá de “otro medio de defensa judicial” y podrá perseguir esa protección a través de la acción de tutela. En este caso, es necesario que la protección de los derechos se haya planteado de manera expresa ante las diferentes instancias judiciales. La acción de tutela se concibe como medio último y extraordinario de protección al cual se puede recurrir sólo en ausencia efectiva de un medio judicial ordinario capaz de brindarla. Con mayor razón, se abre la vía de la tutela a los afectados que han agotado en vano los medios judiciales ordinarios sin encontrar protección efectiva a sus derechos constitucionales conculcados. Consideraciones de equidad (C.N. art. 230), que se encuentran en la base de la acción de tutela, militan igualmente en favor de su concesión en esta situación extrema, de modo que al término de la vía judicial ordinaria se abra la vía de la Jurisdicción Constitucional. No puede ser de otra manera cuando la Constitución ve en el respeto a la dignidad humana y la consiguiente efectividad de los derechos fundamentales el valor fundante y el fin esencial del Estado.”

B.-La informalidad de la tutela.

En su decisión del 27 de Febrero de 1992 el Tribunal Superior de Popayán negó la acción de tutela, entre otras razones, porque la demanda no reunía el requisito a que se refiere el artículo 75 numeral 5 Código de Procedimiento Civil, toda vez que no enunciaba con precisión y claridad la pretensión concerniente al nuevo régimen de visitas solicitado por la

demandante (Folio 445).

Por eso, esta Corte estima conveniente reiterar una vez más su posición acerca del carácter esencialmente informal de la tutela como instrumento de protección inmediata de los derechos fundamentales.

“Ante todo debe indicarse que el papel del juez en esta materia, dado el sentido protector de la institución, no puede ser idéntico al que se cumple ordinariamente en los asuntos judiciales propios de los demás procesos. Recuérdese que, como ya tuvo ocasión de expresarlo esta Corporación, la acción de tutela puede ser intentada por cualquier persona, con prescindencia de su edad, origen, raza, nivel económico, social o profesional y, por supuesto, sin que para tramitarla y decidirla sean indispensables los requisitos formales ni las fórmulas exactas y ni siquiera un escrito, por cuanto puede ser verbal. Corresponde a los jueces la tarea de buscar, como lo indican las normas citadas y otras del Decreto 2591 de 1991, las informaciones preliminares mínimas para administrar justicia dentro de su competencia, en orden a garantizar la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Dejar de lado las vías que la ley otorga al juez para llegar a una convicción cierta en relación con el caso materia de la solicitud de tutela, equivale a convertir en ilusorio y vano un mecanismo instituido precisamente con el fin deliberado de acercar la teoría del ordenamiento jurídico a la realidad.”

“Aunque resulta evidente que el escrito por medio del cual se instauró la acción es incompleto y oscuro, la Corte puede concluir de su lectura que la queja del petente radica en una falta de respuesta y de trámite la denuncia por él presentada ante el Juez 41 Penal Municipal de Medellín. Según el actor, ni en ese Despacho, ni en el Juzgado Municipal de Urrao le han sabido indicar sobre el estado actual del asunto y, además, sostiene que se le ha impedido constituirse en parte civil dentro del proceso penal. Manifiesta no conocer siquiera el número del expediente por posible carencia de un sistema de radicación.”

“(.....) Bajo el principio de presunción de la buena fe en todas las actuaciones que los particulares adelanten ante las autoridades públicas (artículo 83 de la Constitución), la cual tiene por contrapartida la existencia de responsabilidades y sanciones para quien hace uso indebido de él (artículos 6o. y 95, numeral 1o. de la Carta), la Corte Constitucional no puede

despachar el caso aduciendo apenas que resulta incomprensible el escrito por el cual se instauró la acción”³ .

C. La familia en la Constitución de 1991

Plenamente consciente de la precariedad de la protección de la familia consagrada en los artículos 23 y 50 de la Constitución de 1886 que sólo se referían a ella de manera incidental, la Subcomisión 0405 estuvo de acuerdo en que, -como parte fundamental de su labor preparatoria de trabajo para la Asamblea Nacional Constituyente- se estudiaran disposiciones que expresamente se refirieran a la familia, tomando como punto de partida el ordinal 3 del Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Prevaleció el propósito de consagrar una expresa y particular protección constitucional de la familia la cual

debería referirse al derecho que le asiste a todo ciudadano a tener una familia, a la inviolabilidad de esa familia y a la protección de las funciones básicas que cumple la familia y que le explican dentro de una sociedad, como núcleo esencial de la misma. En consecuencia, tal protección no se agotaría en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extendería también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o a la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia; v. gr. -concubinatos- velando porque la protección en ese caso se extienda a la propia concubina⁴ .

Uno de los miembros de dicha Subcomisión señaló que el tema era estrictamente supraconstitucional por cuanto de la familia depende el género humano, pero que el Estado tiene la obligación de establecer normas positivas acerca de la creación de familia y la manera como los particulares ejercen su responsabilidad social frente a ellas y a los demás estamentos de la comunidad para evitar desenfrenos individualistas y atropellos a los derechos de los semejantes así como al orden social⁵ .

Luego en la Asamblea Nacional Constituyente, hubo plena conciencia de la importancia de la familia hasta el punto tal de que

no es necesario discutir por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella este lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia⁶ .

De otra parte, fue también clara la importancia que los constituyentes reconocieron a la unidad familiar y su contribución a la paz social, por todo lo cual concluyeron que

especial énfasis merece la necesidad de mantener la armonía y la unidad familiar, fundamento de la convivencia social y de la paz. El respeto recíproco entre los integrantes de una familia será la mejor pauta para el respeto recíproco entre todos los integrantes de la sociedad⁷.

En todo lo anterior está presente la idea de que la familia es el ambiente y el paradigma de relación social primaria más adecuada para el desarrollo humano, por lo cual el Estado debe brindarle toda su protección.

Estas ideas, fueron incorporadas en el texto final del artículo 42 vigente. Ellas merecieron, pues, la adhesión de miembros de las diversas fuerzas políticas representadas en la Asamblea así como de entidades y asociaciones especializadas, tal como se desprende de la simple consulta de documentos oficiales⁸.

Por tanto, el artículo 42 es la expresión de un acuerdo sobre lo fundamental de la familia en la visión del Constituyente de 1991.

Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, la familia presenta hoy algunas características que bien merecen destacarse para los propósitos específicos del presente fallo, a saber:

a.- Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7 C. N.) no existe un tipo único y privilegiado de familia sino un pluralismo evidente en los diversos vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto de carácter natural como de carácter jurídico. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de conformar una familia. En estas condiciones, la familia legítima originada en el matrimonio es hoy uno de los tipos posibles.

b.- Es claro, de otra parte, que el Constituyente, consagró un espacio a la familia de hecho

en condiciones de igualdad con otros tipos, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 13 de la Carta vigente.

c.- Tanto el Estado como la sociedad garantizan a la familia una protección integral.

d.- La igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre todos sus integrantes constituyen hoy los fundamentos esenciales de las relaciones familiares.

e.- Cualquier forma de violencia destruye la armonía y unidad de la familia y en consecuencia, será sancionada conforme a la ley.

f.- Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes.

g.- Como núcleo fundamental de la sociedad, la familia tiene que cumplir ineludiblemente, junto con la sociedad y el Estado deberes, tales como asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico integral y el ejercicio pleno de todos sus derechos fundamentales prevalentes, consagrados en el inciso 1o. del artículo 44 de la Carta vigente. Entre ellos, primordialmente, el de tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación, y la protección contra toda forma de abandono o violencia.

h.- Dentro de la división de trabajo propia de la organización social, a la familia corresponde la función natural de preparar debidamente las nuevas generaciones y formar la personalidad del menor.

i.- Se manifiesta claramente en el ordenamiento constitucional vigente la primacía de la familia como el ámbito natural dentro del cual deba realizarse el cuidado y preparación de la infancia. Esta labor no puede ser realizada por instituciones públicas o privadas sino en casos verdaderamente excepcionales en que así lo imponga la necesidad de proteger a niños que no tengan una familia o que se hallen separados de ella, en los términos del artículo 42 de la Carta.

i.- La unidad de la familia es presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes del niños.

j.- Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles con los intereses

generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental.

D.- El derecho constitucional prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella.

Consecuencia obligada de la importancia que el Constituyente de 1991 atribuyó a la familia, en su carácter de institución fundamental para el normal desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella expresamente incorporado hoy en la Carta (Art. 44).

Cuando se revisan los antecedentes de esta norma resulta claro que el Constituyente plasmó en ella su íntima creencia de que

En estas condiciones, es fácil comprender que el divorcio sea necesario sólo en la medida en que así lo exija el bienestar de la familia y, en particular, el de los niños, por cuanto

es preferible el adecuado desarrollo emocional de un niño, que el crecer con la figura simbólica de unos padres cuando estos con su conducta y ejemplo, le proporcionan malformaciones que luego serán la línea de conducta con sus propios hijos¹⁰.

Es claro que a la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

Dentro de este contexto general se entiende porque la Carta de 1991

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 humana¹¹.

Por tanto, estos significativos antecedentes son de particular utilidad para desentrañar el espíritu de las normas constitucionales en materia de los derechos de los niños, particularmente en el momento de su aplicación. Prevalece en ellos una diada inescindible

que compromete y determina la tarea del sentenciador a saber: el niño debe ser ubicado fundamentalmente en el ámbito de una familia, como condición esencial para su desarrollo y protección.

Esta relación es de tal importancia que el Constituyente la elevó a la naturaleza de derecho fundamental que rige por encima de la voluntad -no pocas veces voluble- de sus progenitores, sobre todo en situaciones típicas de crisis de pareja. Vale decir, el ofrecerle al niño un ambiente familiar es hoy no solo manifestación natural de afecto y generosidad de sus progenitores, sino también derecho exigible por el niño, con todas sus consecuencias y en todas aquellas circunstancias en que así lo demanden su protección y bienestar.

E.- La unidad familiar principio supremo

La consagración expresa del derecho fundamental y prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella implica que su unidad constituye hoy exigencia que desborda la voluntad individual de los miembros del grupo, en aras de la primacía y supervivencia de la institución familiar como el ambiente más adecuado y natural para el desarrollo de la personalidad humana, según la concepción plasmada en la Carta de 1991.

Con todo, como bien lo destaca la doctrina la unidad familiar no significa necesariamente indisolubilidad del matrimonio,

Unidad de la familia no es solamente y siempre, pues, unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad de los cónyuges; la unidad tiene una relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una comunidad, -así sea materialmente separada, que deba perseguir, aún en reducidos rangos- la función social a que está destinada. En efecto, no parece que la unidad de la familia sea un límite válido "sólo cuando los cónyuges viven unidos", de modo que en régimen de separación personal sería inconcebible hablar de ella.

Precisamente, cuando existe desacuerdo la unidad prevalece sobre la igualdad superando "una rígida concepción paritaria entre marido y mujer y simultáneamente sustrayendo a la mayoría de las partes de la autonomía del reglamento. La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole; es el fundamento en que debe inspirarse para una interpretación

moderna de la exigencia y de la tutela del sujeto en el ámbito de la comunidad familiar. Pero la unidad de la familia no se le puede atribuir un valor exclusivamente formal; debe hacerse el esfuerzo de investigar el interés o los intereses que están en su base: el denominado interés superior de la familia y/o el potenciamiento de la personalidad individual¹².

De otra parte, es claro que la unidad de la familia adquiere relevancia diversa según que se tenga de ella una concepción individualista o solidarista.

Dentro de la primera, la unidad aparece como el equilibrio entre la libertad de los cónyuges y las exigencias concretas de dicha unidad, en función de los intereses individuales de sus miembros. Supone, pues, una paulatina privatización de las relaciones familiares dentro de la cual se valora la libertad de aquellos tanto dentro de la convivencia como en el ejercicio del derecho a la separación, cuando la primera no esté ya respaldada por la perduración del consentimiento.

En una concepción solidarista, por el contrario, se reconoce que la privatización no puede llevarse hasta el punto de perjudicar a los sujetos más débiles o a la sociedad civil o perjudicar la estabilidad de la familia como núcleo fundamental de la sociedad y la suerte misma de los niños, los cuales son titulares privilegiados de un interés jurídico superior. Una de cuyas manifestaciones es, hoy precisamente, el derecho constitucional prevalente a tener una familia y no ser separado de ella.

La base fundamental de esta concepción descansa en la importancia que tienen la unidad y la estabilidad de la familia y un ordenado desarrollo de sus relaciones tienen para toda la sociedad civil. No en vano la familia ha sido definida como elemento natural y esencial de la sociedad y de los Estados en el pacto de New York de diciembre 19 de 1966, (artículo 23) aprobado por Colombia mediante la ley 17 de 1968, ratificado el 29 de Octubre de 1969 y que entró en vigor el 23 de Marzo de 1976.

Como es apenas natural las anteriores concepciones inciden también en la forma como deba apreciarse la intolerancia de la convivencia. En efecto, ella puede ser medida en sentido estrictamente subjetivo, dejándola a la simple discreción del quien la alega.

O, por el contrario, es posible una apreciación objetiva de la intolerancia fundada en su gravedad, el perjuicio que cause la naturaleza insuperable de los hechos que la

configuran. Lo cual permite concluir que ellos han de ser humanamente insostenibles y nocivos para la salud física, la serenidad espiritual y el equilibrio mental siempre que, de otra parte excedan las dificultades normales de la vida matrimonial y no puedan remediarse en un término razonable. En síntesis, hechos que hagan excesivamente penosa la convivencia de la pareja.

Dentro del contexto de la Constitución vigente, los progenitores tienen, pues, el deber ineludible de ofrecer a su prole un ambiente de unidad familiar que permita y favorezca el desarrollo integral y armónico de su personalidad.

En consecuencia, procrear un hijo implica hoy la obligación de depararle un ambiente familiar adecuado, aún después de la crisis o ruptura de las relaciones de pareja. Porque es, precisamente en esos momentos críticos, cuando el niño necesita más apoyo psicológico y moral de su familia para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo emocional.

De ahí que esta Corte advierta que 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. Solo así se explica que éstos sean titulares de un derecho a tener una familia y no ser separados de ella.

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.

Esto es así porque, al igual que ocurre en otras latitudes, el Constituyente colombiano de 1991 ha querido que

en la jerarquía de los valores del ordenamiento vigente el interés de los menores deba ser tan privilegiado hasta el punto de sacrificar una convivencia tolerable. Se debe llegar a la conclusión coherente en la situación opuesta: vale decir, la exigencia de la convivencia así ella sea intolerable para los cónyuges cuando lo demande evidentemente el interés de la

prole. No se trata de hacer prevalecer un interés público sobre uno privado, sino de respetar la jerarquía de los valores querida por el legislador entre diversos intereses privados en conflicto¹³.

Esta prevalencia absoluta de los altos intereses de la institución familiar sobre los simplemente individuales de sus miembros se traduce también en las sanciones que los jueces están autorizados a imponer cuando quiera que uno de los progenitores estorbe o pretenda estorbar el ejercicio de sus derechos, en perjuicio de los intereses de la prole. Es bien clara al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia cuando afirma que:

Ninguno de los padres tiene derecho de impedir el ejercicio de los poderes que la ley les otorga de dirigir la formación moral e intelectual de los hijos y su crianza, educación y establecimiento. El artículo 23 del Decreto 2820 de 1974, la Ley 20 de 1974, que permitió la expedición de este decreto y el que reglamentó la materia, disponen en efecto que los litigios que surjan entre los padres, o entre estos y sus hijos por razón de lo dispuesto en el art. 23 del Decreto 2820, excepto lo referente a sustentación cuando se requiera proceso de alimentos, están sometidas al procedimiento verbal regulado en los artículos 442 y 448 del Código de Procedimiento Civil. En caso de controversia entre los padres por cualquiera de los aspectos, la contención ha de ser decidida por el Juez competente, siguiendo el mencionado procedimiento, y no por los esposos mismos.

Si por consiguiente, como se ha mostrado antes, mientras no intervenga decisión judicial en contrario, ninguno de los cónyuges puede impedir el ejercicio de los derechos que la ley otorga sobre los hijos menores, ni puede dejar de ejercerlos, el marido o la mujer que, con la finalidad de ejercer solo tales derechos, arrebató al hijo del lugar en donde conjuntamente debían ejercerlos, impidiendo de hecho que se cumplan los mandatos legales, esto es, quebrantándolos, ejecuta hecho ilícito contrario al derecho imperante; esa conducta no puede ser alabada ni propicia (sic.) de manera alguna por los Jueces de la República.

En concepto de la Sala, la sanción que corresponde a una tal conducta no puede ser distinta a la de que el padre o la madre que contravengan los preceptos legales que regulan la organización de la familia legítima no se les considere dignos de ejercer los derechos que con su procedimiento conculcan. No puede premiárseles con la custodia del hijo que han logrado sólo impidiendo que la ejerza el otro cónyuge. Sí violar el derecho que corresponde a uno de

los padres pudiera atribuir algún derecho al otro, de nada servirían los preceptos legales. Quienes tales derechos conculcan por mano propia, no pueden tener, se repite, la custodia de los hijos, pues se hacen indignos para ejercerla. Y esta indignidad constituye a su turno una inhabilidad moral, de aquellas a que se refiere el artículo 254 del Código Civil, para conceder al Juez el poder de confiar entonces, el cuidado personal de los hijos al cónyuge inocente o a otras personas competentes¹⁴.

Como ha tenido ocasión de señalarlo la mencionada Corporación ese culto a la unidad familiar y su consiguiente respeto a la imagen de los progenitores subsiste aún en situaciones de crisis de la pareja o conductas culposas de algunos de sus miembros

Aludiendo a los efectos que respecto de la prole produce la separación personal de los cónyuges, sea que subsista o no el vínculo matrimonial, enseña la doctrina tradicional de la Corte que rigen esta delicada materia dos principios de cardinal importancia que, en cuanto tales, invariablemente han de ser observados para las frecuentes controversias que en este campo suelen presentarse. El primero de ellos es el de que la separación, medie o no el divorcio, no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, incluso en el evento en que la sentencia privase a uno de ellos, o a ambos, del ejercicio de los derechos inherentes a la patria potestad; el segundo indica que el Juez, en el cometido de adoptar cualquier medida provisional o definitiva relacionada con el cuidado y la manutención de los hijos cuando se ha roto la unidad familiar representada por la casa común, ha de estarse a lo que en vista de las circunstancias particulares del caso sea más conveniente para ellos, pues su interés – el de los hijos – siempre habrá de hacerse prevalecer sobre el de los padres, dejándoles aquí la ley un amplio margen al prudente arbitrio de los juzgadores sin acudir a rígidas limitaciones referidas a la culpabilidad establecida en el proceso¹⁵.

F.- El derecho de visita: naturaleza y régimen.

Medio eficaz de seguir cultivando el afecto de los hijos y con ello mantener la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones de los progenitores lo es, en grado sumo, el derecho de visita y su regulación, comoquiera que

El otorgamiento de la tenencia de los hijos menores a uno de los cónyuges o a un tercero no priva al otro -o a ambos, en el segundo caso- del derecho de mantener comunicación con aquéllos, el cual se manifiesta especialmente en el llamado derecho de visita. Tal derecho

consiste en términos generales en la posibilidad de tener entrevistas periódicas con los hijos.

Comprende también el derecho de mantener correspondencia postal o comunicación telefónica con ellos, la que no puede ser controlada o interferida sino por motivos serios y legítimos, en salvaguarda del interés del menor.

Fuera de ello, el cónyuge que no ejerce la guarda -en tanto conserve la patria potestad- tiene derecho a vigilar la educación de los menores, derecho que se trasunta especialmente en la facultad -ejercitable en todo momento- de solicitar el cambio de la tenencia, ya que para conferir ésta es elemento de importancia primordial el interés de los propios hijos¹⁶.

Según la misma doctrina -aplicable en nuestro medio- para que las visitas puedan cumplir cabalmente su cometido, deben realizarse

en el hogar del progenitor en cuyo favor se establecen, si lo tiene honesto, o en el lugar que él indique. No deben llevarse a cabo en el domicilio del otro, porque ello supondría someter al que ejerce el derecho de visita a violencias inadmisibles y quitar a la relación el grado de espontaneidad necesario para que el visitante cultive con eficacia el afecto de sus hijos¹⁷.

(...) procurando 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. Debe ser establecido de modo que contemple tanto el interés de los padres como el de los hijos menores, el cual -rectamente entendido- requiere de modo principalísimo que no se desnaturalice la relación con el padre. Su objeto es el de estrechar las relaciones familiares, y su fijación debe tener como pauta directriz el interés de los menores, que consiste en mantener un contacto natural con sus progenitores, por lo que es necesario extremar los recaudos que conduzcan a soluciones que impliquen sortear todo obstáculo que se oponga a la fluidez y espontaneidad de aquellas relaciones; las visitas no deben ser perjudiciales para los menores, pero tampoco han de desarrollarse de manera de lesionar la dignidad de quien las pide.

(....) Sólo por causas graves que hagan que el contacto con los menores pueda poner en peligro su seguridad o su salud física o moral pueden los padres ser privados de este derecho. Así, se ha decidido que ni siquiera la pérdida de la patria potestad es suficiente

para excluir el derecho de visita, cuando aquélla se debe al abandono del menor; mucho menos la sola culpa en el divorcio o la simple negativa del hijo menor¹⁸.

Es, pues, claro a todas luces que por su naturaleza y finalidad la visita es un derecho familiar del cual son titulares conjuntos tanto los padres como los hijos y cuyo ejercicio ha de estar enderezado a cultivar el afecto, la unidad y solidez de las relaciones familiares.

Por todo lo anterior, 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 civil.

G. Los derechos de la madre.

En su demanda de tutela la peticionaria afirma que el régimen de visitas decretado por la Juez Tercera Promiscua de Familia de Popayán viola, entre otros, sus derechos constitucionales fundamentales a la igualdad sustancial y el libre desarrollo de su personalidad, en su condición de mujer y madre.

De otra parte, los expertos consultados han formulado reparos a dicho régimen desde el ángulo concreto de la equidad e igualdad y de su impacto negativo en la agravación de la crisis familiar.

En diversas oportunidades esta Corte se ha pronunciado sobre la noción, características y alcance de los derechos que la peticionaria estima vulnerados, razón por la cual esta ocasión estima adecuado reiterar su doctrina.

En materia de igualdad, ella no tiene el carácter de algo simplemente formal frente a las disposiciones generales y abstractas de la ley sino que el artículo 13 de la Carta pretende lograr una igualdad material. Por lo tanto,

Ese principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto

sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática.

Hay pues que mirar la naturaleza misma de las cosas, ella puede en sí misma hacer imposible la aplicación del principio de la igualdad formal, en virtud de obstáculos del orden natural, biológico, moral o material, según la conciencia social dominante en el pueblo colombiano.

Por ello, para corregir desigualdades de hecho, se encarga al Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En este sentido se debe adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, y proteger especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de inferioridad manifiesta, como afirma el artículo 13 en sus incisos 2o. y 3o¹⁹.

De otra parte, es obvio que si las actuales condiciones persisten la figura materna habrá de desdibujarse en la mente de los hijos cuya tenencia ha sido deferida al padre, en la misma medida que la niña menor verá desaparecer día a día la figura de su progenitor distante.

En cuanto concierne al libre desarrollo de la personalidad, es ciertamente un derecho constitucional fundamental, algunas cuyas características ha tenido ya ocasión de precisar esta Corporación como sigue:

Se quiere garantizar con él la libertad general de actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente. Por tanto, se inscribe en el amplio ámbito de la libertad y en todas aquellas manifestaciones en que el ser humano se proponga autónomamente realizar las más diversas metas.

Su compleja naturaleza hace que la protección que le depara el ordenamiento cobije las relaciones del hombre en el campo social, político, económico y afectivo, entre otras.

En virtud de este derecho el Estado no puede interferir el desarrollo autónomo del individuo sino que, por el contrario, debe procurar las condiciones más aptas para su realización como persona²⁰.

La más reciente y autorizada doctrina nacional destaca la razón de ser de la consagración de este derecho en la Carta del 91, a saber:

El derecho, también conocido como derecho a la autonomía personal, garantiza, en un sentido positivo, la libertad individual para tomar decisiones que conciernen y afectan el desarrollo de la personalidad y la libertad para emprender las actividades individuales o sociales que le permitan a la persona proyectar su visión de sí mismo. Puesto que la Constitución protege varias facetas de la autonomía mediante el reconocimiento de derechos como la intimidad, la libertad de enseñanza mediante el reconocimiento de derechos como la intimidad, la libertad de enseñanza o la libertad de conciencia y religión, entre otros, en virtud del principio de la especialidad, estos derechos deberán aplicarse con prelación. Así se define el carácter genérico pero omnicomprendivo del derecho a la autonomía consagrado en el art. 16 de la Constitución de 1991, cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos.

En un sentido negativo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad impone una prohibición, al Estado y a los terceros, de desconocer la voluntad del individuo en la elección de su manera de ser y de proyectarse en sociedad. El libre desarrollo de la personalidad es un derecho que coloca en cabeza del individuo la facultad de tomar las decisiones que pueden determinar su desarrollo como personas en el medio social y, en consecuencia, ni la comunidad ni el Estado podrán intervenir en este terreno, salvo para resguardar los límites fijados en el mismo artículo. Se pretende así respetar el criterio de cada persona sobre la mejor manera de vivir.

El derecho a la autonomía personal, al igual que los demás derechos consagrados en la Carta, no es absoluto. Esta idea la ha querido reafirmar el constituyente al consagrar dos claros límites a su ejercicio, los cuales obedecen a la necesidad de conciliar intereses legítimos de otras personas o del Estado. Estos límites son los derechos de los demás y el orden jurídico²¹.

Obran en el expediente pruebas de la forma como el régimen de visitas obstaculiza el adecuado desarrollo de la personalidad de la peticionaria por cuanto él ha venido estimulando en la práctica un alejamiento de su presencia física y emocional, frente a sus hijos.

Es claro, por tanto, el desconocimiento que se hace de su voluntad de realizarse como

madre, enmarcada dentro de los límites de los derechos de los demás y el orden jurídico que regula y protege la familia.

III CONCLUSIONES

PRIMERA.- Para proteger la familia, la Constitución de 1991 ha elevado su unidad a la categoría de principio fundamental. Esta consagración trasciende luego en el derecho prevalente de los niños a tener una familia y no ser separados de ella, ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos.

SEGUNDA.- En virtud de la obligación constitucional que hoy tienen la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño, las crisis frecuentes en las relaciones de pareja no pueden constituir óbice para la efectividad de tales derechos. La unidad familiar en beneficio de la prole debe prevalecer sobre toda circunstancial desaveniencia.

TERCERA.- El Estado debe hacer realidad el mandato constitucional de que los niños tengan una familia y abstenerse de decretar medidas cuyo efecto práctico agudice el deterioro de las relaciones entre sus miembros.

En consecuencia, los jueces y demás funcionarios deben ofrecer toda su colaboración para que las familias puedan encontrar soluciones justas, razonables y pacíficas que marginen a los niños de sus conflictos y favorezca su desarrollo integral.

CUARTA.- Puesto que por las razones mencionadas en las consideraciones de este fallo, algunas providencias judiciales vulneran no sólo derechos fundamentales de la peticionaria sino también el interés superior de la unidad familiar, -en perjuicio de los niños- esta Corte dispondrá la revocación de ellas y la adopción de medidas encaminadas a propiciar la solución de sus conflictos.

En aras de la protección inmediata de los derechos de la familia, el juez competente ordenará que sus miembros se sometan inmediatamente a una terapia adecuada para lograr acuerdos básicos que solucionen sus conflictos, eviten la ruptura total de su unidad, pongan término a la actual escisión en el proceso educativo afectivo de sus hijos comunes y favorezcan la estabilidad emocional y la tranquilidad de todos sus miembros.

Comoquiera que el régimen de visitas vigente viola los derechos fundamentales de la familia,

dicho juez ordenará también que, en la oportunidad futura que estimen más apropiada, el señor YY y la señora XX sometan a su aprobación un proyecto conjunto de régimen de visitas que satisfaga las exigencias de la equidad, la unidad familiar, los poderes-deberes de los padres, las nuevas circunstancias imprevistas y los derechos de sus hijos comunes. Entre tanto, las visitas se regirán por el acuerdo aprobado por el Juez Primero Civil de Menores de Santafé de Bogotá el 22 de julio de 1988, por cuanto él plasmó claramente la voluntad conjunta de los progenitores puesta al servicio de los intereses de la familia.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional

RESUELVE

PRIMERA.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, REVOCAR la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- el 1o. de Abril de 1992 en el proceso de tutela promovido por la señora XX, mediante la cual se confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Popayán del 27 de febrero de 1992. En consecuencia, CONCEDER la tutela impetrada.

SEGUNDA.- En guarda de los derechos fundamentales de la familia y como mecanismo de protección inmediata REVOCAR igualmente la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Popayán el 15 de Noviembre de 1991 en la cual decretó un nuevo régimen de visitas.

TERCERA.- ORDENAR que en el momento de proferir la sentencia sustitutiva que decrete un nuevo régimen de visitas, el Juez competente respete plenamente los derechos fundamentales tanto de la peticionaria, el padre como de todos los demás miembros de la familia y para ello proceda de acuerdo con lo señalado en la CONCLUSION CUARTA de este fallo.

CUARTA.- En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que un régimen de visitas vulnere los altos intereses de la unidad familiar, o los derechos fundamentales de los progenitores separados y sus hijos comunes, la doctrina constitucional enunciada en esta sentencia tendrá CARACTER OBLIGATORIO para las

autoridades, en los términos del artículo 23 del decreto 2067 de 1991.

QUINTA.- En guarda de la intimidad de la familia en cuestión, ORDENAR que en toda publicación de esta providencia se omitan sus nombres.

SEXTA.- Envíense sendas copias del presente fallo al Despacho de la Primera Dama, a los Consejeros Presidenciales para los derechos humanos, la sociedad, la familia y la mujer, así como a la dirección general del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

SEPTIMA.- ORDENAR que por Secretaría se comuniqué esta providencia a la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- al Tribunal Superior de Popayán y al Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de la misma ciudad, en la forma y para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

CIRO ANGARITA BARON

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

-Salvamento de Voto-

MARTHA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Sentencia aprobada por la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en Santafé de Bogotá, a los dieciocho (18). días del mes de Septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992).

Salvamento de voto a la Sentencia No. T-523

ACCION DE TUTELA CONTRA SENTENCIAS-Improcedencia/COSA JUZGADA FORMAL/JUEZ-Autonomía (Salvamento de voto)

La acción de tutela, en los términos en que la consagra el artículo 86 de la Constitución Política, no procede contra las sentencias judiciales que ponen fin a un proceso, como sucede en el caso sometido al estudio de la Sala. La naturaleza del asunto hace que la providencia judicial que establece el régimen de visitas de padres separados a sus hijos comunes no haga tránsito a cosa juzgada material, sino simplemente formal, en cuanto es susceptible de un nuevo proceso destinado a regularlas según las nuevas circunstancias. Al prosperar la acción de tutela instaurada, se quebranta de manera grave la autonomía e independencia del juez que dictó la providencia.

REVISION DE TUTELA-Alcance (Salvamento de voto)

La revisión de las sentencias de tutela por parte de esta Corporación no tienen el alcance de una nueva instancia y menos aún el sentido de un recurso extraordinario. Su razón de ser descansa en la necesidad de unificar la jurisprudencia constitucional, impidiendo que cada juez, al resolver sobre demandas de tutela, interprete de una manera distinta la Constitución Política y, en ese orden de ideas, el carácter eventual de la revisión, según quedó plasmado en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Carta, busca el establecimiento de casos paradigmáticos cuyo análisis constitucional por la Corte permita a ésta dilucidar, con alcance puramente doctrinario, el debido entendimiento de la preceptiva fundamental, especialmente en materia de derechos.

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL (Salvamento de voto)

El artículo 86 de la Carta excluye la acción de tutela cuando según el ordenamiento jurídico proceda un medio susceptible de ser propuesto ante los jueces y que esté encaminado a la defensa del derecho objeto de violación o amenaza. Excepto el caso del perjuicio irremediable que haya necesario aplicar la tutela como mecanismo transitorio a fin de evitar que aquél se cause, si se ejercita la acción pese a la existencia de procedimiento judicial idóneo, el juez no puede aceptar su procedencia y menos todavía entrar a conceder el amparo solicitado. No habiendo cosa juzgada material, nada obsta para que los interesados

acudan de nuevo al juez competente, a fin de obtener una nueva regulación judicial del régimen de visitas previsto en la sentencia que originó la acción de tutela, si es que, como lo dice la parte motiva del fallo proferido pro esta Corte las previsiones que integran el régimen actual han resultado traumáticas para la familia y en especial para los hijos.

Ref.: Expediente T-2598

Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón

Me permito expresar a continuación los motivos por los cuales he discrepado del fallo en referencia:

1. Reitero una vez más mi profunda convicción en el sentido de que la acción de tutela, en los términos en que la consagra el artículo 86 de la Constitución Política, no procede contra las sentencias judiciales que ponen fin a un proceso, como sucede en el caso sometido al estudio de la Sala.

Claro está que en esta ocasión lo que motiva mi disenso no es la autoridad de la cosa juzgada que pudiera atribuirse al fallo proferido por el Juez Tercero promiscuo de Familia de Popayán el 15 de noviembre de 1991, ya que, como acertadamente lo indica la Honorable Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 10. de abril de 1992 revocada mediante la decisión de la cual me separo-, la naturaleza del asunto hace que la providencia judicial que establece el régimen de visitas de padres separados a sus hijos comunes no haga tránsito a cosa juzgada material, sino simplemente formal, en cuanto es susceptible de un nuevo proceso destinado a regularlas según las nuevas circunstancias.

Mi preocupación en el presente caso estriba en que, al prosperar la acción de tutela instaurada, se quebranta de manera grave la autonomía e independencia del juez que dictó la providencia, desconociéndose francamente el principio consagrado en los artículos 228 y 230 de la Constitución, a cuyo tenor:

“Artículo 228.- La administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será

desconcentrado y autónomo”.

“Artículo 230.- Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”

En efecto, al revocar la sentencia pronunciada por el Juzgado de Familia y al ordenar la Corte Constitucional que el juez competente, en el momento de proferir la sentencia que decreta un nuevo régimen de visitas, “respete plenamente los derechos fundamentales tanto de la peticionaria como de todos los demás miembros de la familia y para ello proceda de acuerdo con lo señalado en la CONCLUSION CUARTA de este fallo” (subrayo), está invadiendo esa órbita de autonomía de que goza el juez al adoptar sus decisiones, pues le impone unas determinadas reglas de análisis jurídico y unos criterios obligatorios (véase numeral cuarto de la parte resolutive), a los que forzosamente deberá atender so pena de desacato (artículo 52 del Decreto 2591 de 1991).

Existe, pues, una abierta intromisión de esta Corte en el ámbito de la competencia funcional del juez, sin que para ello cuente con autorización constitucional y ni siquiera legal.

Como he podido expresarlo a propósito de fallos similares, considero que la revisión de las sentencias de tutela por parte de esta Corporación no tienen el alcance de una nueva instancia y menos aún el sentido de un recurso extraordinario. Su razón de ser descansa en la necesidad de unificar la jurisprudencia constitucional, impidiendo que cada juez, al resolver sobre demandas de tutela, interprete de una manera distinta la Constitución Política y, en ese orden de ideas, el carácter eventual de la revisión, según quedó plasmado en los artículos 86 y 241, numeral 9 de la Carta, busca el establecimiento de casos paradigmáticos cuyo análisis constitucional por la Corte permita a ésta dilucidar, con alcance puramente doctrinario, el debido entendimiento de la preceptiva fundamental, especialmente en materia de derechos.

Claro está que al cumplir esa tarea, la Corte Constitucional puede encontrar necesario corregir y en muchos casos revocar los fallos de primera o segunda instancia en materia de tutela, lo cual a su vez conlleva la indispensable sentencia que, con efectos exclusivos para el caso concreto (artículo 36 del Decreto 2591 de 1991), ordene las medidas o adopte las

decisiones de reemplazo tendientes a reflejar en la solución judicial impartida los mandatos constitucionales. Pero eso no implica que la Corte Constitucional se encuentre autorizada para sustituir a un juez de jurisdicción distinta en la función que éste debe cumplir mediante procedimientos y trámites legalmente establecidos por vía ordinaria o especial, en un ámbito diferente al de la tutela, como en el caso sub lite acontece con la decisión en firme proferida por el juez de familia.

2. El artículo 86 de la Carta excluye la acción de tutela cuando según el ordenamiento jurídico proceda un medio susceptible de ser propuesto ante los jueces y que esté encaminado a la defensa del derecho objeto de violación o amenaza. Excepto el caso del perjuicio irremediable que haga necesario aplicar la tutela como mecanismo transitorio a fin de evitar que aquél se cause, si se ejercita la acción pese a la existencia de procedimiento judicial idóneo, el juez no puede aceptar su procedencia y menos todavía entrar a conceder el amparo solicitado.

El motivo de esta restricción radica en la naturaleza misma de esta acción, que pretende, según obra en los antecedentes documentales de la Constitución de 1991, ofrecer solución inmediata a situaciones de hecho en las cuales se vean comprometidos, sin otro remedio a mano, los derechos fundamentales de las personas por acción u omisión de autoridades públicas o de particulares en los eventos previstos por la ley.

Es de advertir como en el asunto ahora sometido a revisión de esta Sala, procede, sin que para ello sea necesario un fallo de la Corte Constitucional o del juez de tutela, la vía judicial descrita en el Título XXIII, Capítulo II del Código de Procedimiento Civil, referente al PROCESO VERBAL SUMARIO, que a partir del artículo 435 señala los asuntos que se tramitan por este medio en única instancia. En el numeral 5o. de la norma citada se encuentra comprendida la hipótesis del conflicto relatado en la sentencia que origina este salvamento:

“Artículo 435.- Asuntos que comprende. Se tramitarán en única instancia por el procedimiento que regula este capítulo los siguientes asuntos:

PAR. 1o. En consideración a su naturaleza:

(...)

5. Las controversias que se susciten entre padres o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad: los litigios de igual naturaleza, en los que el defensor de familia actúa en representación de los hijos; las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en éste y obligación de vivir juntos y salida de los hijos al exterior: la solicitud del marido sobre examen a la mujer a fin de verificar el estado de embarazo: la revisión de la declaratoria de abandono de los hijos menores; y en general los asuntos en que sea necesaria la intervención del 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”.

No habiendo cosa juzgada material, nada obsta para que los interesados acudan de nuevo al juez competente, a fin de obtener una nueva regulación judicial del régimen de visitas previsto en la sentencia que originó la acción de tutela, si es que, como lo dice la parte motiva del fallo proferido por esta Corte las previsiones que integran el régimen actual han resultado traumáticas para la familia y en especial para los hijos.

3. En la conclusión cuarta de la parte motiva, la ponencia acogida mayoritariamente dice: “En aras de la protección inmediata de los derechos de la familia, el juez competente ordenará que sus miembros se sometan inmediatamente a una terapia adecuada para lograr acuerdos básicos que solucionen sus conflictos, eviten la ruptura total de su unidad, pongan término a la actual escisión en el proceso educativo afectivo de sus hijos comunes y favorezcan la estabilidad emocional y la tranquilidad de todos sus miembros”.

A su vez, como ya tuve oportunidad de indicarlo, el numeral 3o. de la decisión ordena al juez competente que al proferir sentencia “proceda de acuerdo con lo señalado en la CONCLUSION CUARTA de este fallo”.

Dudo mucho de la competencia que pueda tener el juez de familia para obligar que los cónyuges -quienes ante él acuden impetrando se defina un régimen de visitas a sus hijos comunes- se sometan a una “terapia adecuada”, cuyos alcances son al parecer de carácter psicológico, pero no me cabe ninguna duda de que la Corte Constitucional no puede impartir esta clase de mandatos a propósito de una revisión de fallos de tutela.

Fecha ut supra.

1 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-414.

2 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-006.

3 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-501.

4 Cfr. Subcomisión preparatoria 0405 Informe final. En: Presidencia de la República. "Propuestas de las Comisiones Preparatorias". Bogotá, Colombia. Enero de 1991 pp. 370,371.

5 Cfr. Gallón Carlos. Intervención en la Subcomisión 0405. En: Presidencia de la República. Op. Cit., p. 371.

6 Cfr. Informe ponencia para primer debate en plenaria. Derechos de la familia, el niño, el joven, la mujer, la tercera edad y minusválidos. En: Gaceta Constitucional No. 85, Mayo 28 de 1991. p.5.

7 Cfr. Ibídem, p. 5.

8 Cfr. Gaceta constitucional Nos. 21, 34, 52, 85, entre otras.

9 Cfr. Gaceta Constitucional No. 85, p. 6.

10 Cfr. Gaceta Constitucional No. 85, p. 6.

11 Cfr. Gaceta Constitucional No. 85, p. 7.

12 Cfr. Perlingieri Pietro. La personalità umana nell ordinamento giuridico. Università degli Studi di Camerino, Jovene editore, No. 3. Camerino 1972 pp. 195-196.

13 Cfr. Santosuosso Fernando. La separazione personale dei coniugi. En: La riforma del diritto di famiglia dieci anni dopo. CEDAM, Padova 1986, p. 98.

14 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de Octubre de

1984. Magistrado ponente: Dr. Hernando Tapias Rocha.

15 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 031 de Febrero 13 de 1989. Magistrado ponente: Dr. José Alejandro Bonivento Fernández.

16 Cfr. Belluscio Augusto César. Derecho de Familia. T. III. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1981, pp. 402.

17 Cfr. Ibídem, pp. 463.

18 Cfr. Ibídem, pp. 404-405.

19 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-221. pp. 10-11.

20 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia No. T-222.

21 Cfr. Cepeda, Manuel José. Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991. Santafé de Bogotá, Editorial Temis, pp. 145-146.