

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Presupuestos

AGENCIA OFICIOSA EN TUTELA-Si se trata de agenciar derechos de menores de edad, no se aplica el mismo rigor procesal

En aquellos en que se busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, la agencia oficiosa sólo será procedente cuando sus padres o, en ausencia de ellos, sus representantes legales, primeros llamados a su protección, estén imposibilitados física o mentalmente para representarlos o cuando, pudiendo hacerlo, no acudan en su defensa. Esta subregla se deriva, por una parte, del reconocimiento que como derecho fundamental le otorga la Constitución a la honra, a la dignidad y a la intimidad de la familia, aunado al rol que se prevé para dicha institución como motor para la protección, amparo y desarrollo de sus integrantes. Y, por la otra, responde a la lógica misma del Decreto 2591 de 1991, en donde la legitimación por activa de la acción de tutela, se sujeta a la actuación del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, directamente o a través de sus representantes, y sólo en aquellos casos en que ello no resulte posible, habilita el actuar del agente oficioso.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Reiteración de jurisprudencia/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable pese a existir otro medio de defensa judicial

La tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial. No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo suficientemente

expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

La acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible. Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño transcendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS Y SU PROTECCION CONSTITUCIONAL

Los derechos fundamentales de los niños gozan de una especial protección en el Texto Superior, en la medida en que el artículo 44 le otorga dicha categoría a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado, al amor, a la educación, a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de la opinión, al tiempo que establece que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Procedimientos administrativos de protección y medidas de restablecimiento en el orden jurídico colombiano

El ordenamiento jurídico brinda un amplio catálogo de herramientas dirigido a salvaguardar los derechos de los niños, como consecuencia de los conflictos que surjan entre los padres (v.gr., en razón de un divorcio) o como medida frente actos de violencia o de incumplimiento a los deberes que les asisten, tal como ocurre, por ejemplo, con el proceso de pérdida de patria potestad, las medidas de protección contra la violencia intrafamiliar y las vías penales cuando se incurra en la comisión de una conducta tipificada como delito (v.gr., la inasistencia alimentaria).

FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Improcedencia por no acreditarse la legitimación por activa que permita al accionante actuar en nombre del menor

Referencia: expediente T-3.609.454

Acción de tutela instaurada por el señor Francisco, como agente oficioso del menor Horacio, contra el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla, la Procuraduría 5 Judicial II de Familia de Barranquilla, la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) adscrita al Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla, la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1 de Barranquilla y los señores Martha[1], Mariela[2], Ramón[3], Juan[4] y Pedro[5]

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, veintiséis (26) de septiembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos de tutela adoptados por la Sala Cuarta Civil – Familia del Tribunal Superior de Barranquilla y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, correspondientes al trámite de la acción de amparo constitucional impetrada por el señor Francisco, actuando como agente oficioso del menor Horacio, contra el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla, la Procuraduría 5 Judicial II de Familia de Barranquilla, la Defensora de Familia del ICBF adscrita al Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla, la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1 de Barranquilla y los señores Martha, Mariela, Ramón, Juan y Pedro.

I. ANTECEDENTES

1.1. Cuestión previa

La presente acción de tutela tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de un menor de cara a un conflicto familiar en el que se encuentran involucrados sus padres. Por dicha razón y en aras de proteger su privacidad y el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales[6], se emitirán dos sentencias idénticas en su contenido, diferenciándose en que se sustituirán los nombres reales del menor, de su familia y del colegio, en aquella que se publique en la gaceta de la Corte Constitucional.

1.2. Hechos

A juicio del accionante, quien actúa en calidad de agente oficioso del menor Horacio, los hechos que originaron la petición de amparo son los siguientes:

1.2.1. El señor Ramón contrajo matrimonio con la señora Mariela el día 22 de diciembre de 2006 y de dicha unión nació Horacio el 26 de diciembre de 2007.

1.2.2. Entre el señor Ramón y la señora Mariela surgieron diferencias irreconciliables junto con alegaciones mutuas de abusos y de violencia, por lo que iniciaron un complejo proceso de divorcio, dentro del cual el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla fijó una cuota de alimentos a cargo del padre del menor y se abstuvo de fijar provisionalmente el régimen de visitas, hasta tanto Medicina Legal rindiera un informe sobre el estado psicológico de él como de la señora Mariela, pues la madre de Horacio cuestionó la idoneidad del señor Ramón para ejercer su rol de padre.

En el desarrollo del proceso de divorcio, la citada señora solicitó medidas de protección para sí como para su hijo, las cuales fueron concedidas por la Comisaria Nocturna de Familia Turno 1, en el sentido de ordenar que el señor Ramón se abstenga de realizar cualquier acción que pueda afectarlos física o psicológicamente.

Asimismo, la señora Mariela instauró denuncias penales por los delitos de inasistencia alimentaria y violencia intrafamiliar.

1.2.3. Durante el trámite de divorcio se inició ante el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla, un proceso verbal para obtener la privación de la patria potestad que el señor Ramón goza sobre su hijo Horacio, con fundamento en un dictamen psiquiátrico

aportado por la señora Mariela, en el que un médico particular asegura que, por su orientación sexual, el señor Ramón no es apto para ejercer el rol de padre y que su cercanía con el menor puede afectar negativamente su salud psicológica y emocional.

1.2.4. Adicional a lo anterior, el accionante manifestó que el citado menor está recibiendo terapias de lenguaje y psicológicas, porque el ambiente donde nació no es “de amor, felicidad y comprensión”.

1.2.5. En atención a los hechos narrados, el señor Francisco, docente universitario, presentó acción de tutela como agente oficioso de Horacio, por considerar que en los conflictos planteados los derechos e intereses del menor han sido “invisibilizados”.

1.3. Solicitud de amparo constitucional

Como consecuencia de los hechos expuestos, el peticionario solicita que se protejan los derechos fundamentales de Horacio a la vida, a la integridad física, a la salud, a tener una familia y no ser separado de ella, al amor, a la educación y a la recreación. En virtud de lo anterior, pide lo siguiente: (i) una medida provisional que le proporcione seguridad por parte de los agentes de la Policía Nacional, “para que el niño pueda regresar a la escuela”; (ii) se extienda la medida de protección ordenada a favor de la señora Mariela por la Comisaría de Familia, con el propósito de que incluya al menor Horacio; (iii) se impida el contacto del hijo con su padre, hasta tanto se defina el proceso de privación de la patria potestad; y finalmente; (iv) se haga un llamado para que se tenga en cuenta el carácter prevalente de los derechos de los niños, en el desarrollo de las actuaciones por parte de las distintas autoridades públicas involucradas en el presente caso.

1.4. Contestación de la demanda de tutela

1.4.1. Contestación de la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1

La Comisaría Nocturna de Familia Turno 1 presentó su escrito de contestación el día 23 de mayo de 2012 y solicitó que se denegaran las pretensiones de la demanda, por considerar que no eran ciertas las afirmaciones del accionante pues, a su juicio, Horacio no había sido invisibilizado en el conflicto, lo que se constata con la orden emitida el 11 de mayo del 2012, en la que se dictaron medidas de protección a su favor, motivo por el cual consideró

que la tutela versaba sobre un hecho superado.

1.4.2. Contestación del Procurador 5 Judicial II de Familia de Barranquilla

Por medio de escrito presentado el día 16 de mayo de 2012, el Procurador Judicial solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, al estimar que no existía afirmación o evidencia de que con ocasión de sus actuaciones, se hubiese producido un perjuicio al menor supuestamente afectado.

1.4.3. Contestación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

A través de escrito presentado el 17 de mayo de 2012, el ICBF se opuso a las pretensiones de la demanda y sostuvo que dentro del proceso de divorcio se están surtiendo todas las etapas procesales y no hay lugar a la adopción de medidas adicionales en sede administrativa.

1.4.4. Contestación del Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla

El despacho judicial demandado dio respuesta a la acción de tutela mediante escrito presentado el día 18 de mayo de 2012, en el que argumentó la falta de legitimación por activa del accionante, pues –a su juicio– no se dan los presupuestos para que opere la agencia oficiosa, dado que la madre del menor ha actuado en pro de la defensa de sus intereses.

En desarrollo de lo expuesto, alegó que dentro del proceso a su cargo no se están vulnerando los derechos del menor, toda vez que se han decretado alimentos provisionales, al tiempo que se ha abstenido de regular las visitas del señor Ramón, hasta tanto se obtenga una valoración psicológica, para poder contar con elementos de juicio que permitan adoptar dicha decisión.

1.4.5. Contestación del señor Ramón

Mediante escrito presentado por su apoderado sostuvo que el agente oficioso de Horacio no estaba legitimado para presentar la acción de tutela, pues no se encontraba demostrada la incapacidad de la madre para ejercer la defensa del niño.

En todo caso, en lo referente a la seguridad del menor, afirmó que no es cierto que su apoderado esté realizando amenazas contra su hijo. En este sentido, indicó que el citado señor sólo ha podido ver a Horacio en dos oportunidades y por espacios cortos de tiempo, sin que con ocasión de estas visitas el menor corriera peligro. Al margen de lo anterior, advirtió que en el proceso de divorcio se han adoptado medidas cautelares a su favor.

Por otra parte, acusó a la madre de Horacio y a su familia de haber iniciado una campaña de desprestigio en contra de su apoderado con denuncias y demandas infundadas. Dentro de este contexto, descalificó el informe rendido por el psiquiatra a quien acusó de realizar prácticas contrarias a la ética médica, al tiempo que señaló que su dictamen carecía de objetividad y profesionalismo.

Finalmente, sostuvo que el señor Ramón ha solicitado la regulación de visitas a su hijo ante la Comisaría de Familia, para lo cual se programaron dos audiencias a las que la madre del menor no asistió, por lo que le pide al juez de tutela ordenar a la autoridad competente que se establezca dicho régimen, en aras de permitir la convivencia entre padre e hijo, la cual ha sido interrumpida por aproximadamente siete meses.

1.4.6. Contestación de los señores Juan[7] y Mariela

En criterio de los señores Juan y Mariela debe proceder el amparo de los derechos a favor del menor, tan sólo respecto de quienes estén amenazando o vulnerado sus derechos.

1.4.7. Contestación de los demás demandados

El señor Pedro[8] guardó silencio sobre los hechos de la tutela, mientras que la señora Martha, directora del Colegio Arcoíris, informó que la madre de Horacio radicó en el mes de noviembre de 2011, copia del acta de medida de protección expedida por la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1. Al respecto, señala que de dichas órdenes no se desprendía que los profesores o directivas debieran impedir al padre del menor que lo visitara en las instalaciones, toda vez que la única restricción se predicaba en relación con la señora Mariela.

Por tal razón, la directora del Colegio sostiene que se le permitió el ingreso al señor Ramón y que durante ninguna de las visitas se produjo un hecho que afectara mental o

psicológicamente al menor Horacio.

Por último, relata que el 15 de mayo de 2012, la señora Mariela radicó un nuevo oficio, en donde constaba la medida de protección a favor del menor Horacio, la cual consistía en ordenar al señor Ramón abstenerse de ingresar al colegio, a fin de no intervenir en las actividades escolares de su hijo. Con fundamento en lo anterior, señala la directora, en lo sucesivo, se le impidió la entrada del padre a las instalaciones.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

Mediante sentencia de 29 de mayo de 2012, la Sala Cuarta Civil – Familia del Tribunal Superior de Barranquilla declaró la improcedencia del amparo, pues consideró que el actor carecía de legitimación por activa para agenciar los derechos del menor, comoquiera que los llamados a ejercer su representación eran sus padres, quienes no habían actuado con negligencia ni habían desconocido los derechos de Horacio. Por lo demás, resaltó que los conflictos que se presentan entre las parejas no deben afectar el interés superior del menor.

2.2. Impugnación

En la oportunidad procesal, el accionante impugnó el fallo de tutela sin aducir expresamente las razones que fundamentaban su disenso.

2.3. Segunda instancia

2.3.1 La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de 19 de julio de 2012, confirmó la decisión proferida por el a quo, por considerar que el accionante carecía de legitimación por activa.

2.3.2. Al margen de lo anterior, resaltó que la madre del menor había iniciado los trámites administrativos y judiciales a través de los cuales se debían resolver las situaciones planteadas en la tutela. En este mismo sentido, sostuvo que no se desconoció el derecho a la educación de Horacio, pues existe una prohibición de ingreso del padre al colegio al cual asiste el menor, de forma que él puede asistir a sus clases sin que ello implique una amenaza a su vida.

III. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN EN EL EXPEDIENTE

3.1. Copia del registro civil de Horacio.

3.2. Copia de la demanda, sin fecha, en proceso de privación de la patria potestad promovido por la señora Mariela contra el señor Ramón.

3.3. Copia de la demanda de divorcio presentada por la señora Mariela el día 17 de agosto de 2012.

3.4. Copia del acta de audiencia de medida de protección por violencia intrafamiliar contra el señor Ramón, solicitada el 9 de noviembre de 2011 por la señora Mariela, ante la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1.

3.5. Copia del dictamen realizado por el médico psiquiatra particular al menor Horacio de noviembre de 2012.

3.6. Copia de la denuncia penal presentada el 2 de febrero de 2012, por la señora Mariela contra el señor Ramón, por inasistencia alimentaria de su hijo menor de edad.

3.7. Copia del Formato Único de Noticia Criminal de 2 de septiembre de 2011, mediante el cual la señora Mariela denuncia al señor Ramón por violencia intrafamiliar.

3.8. Copia de la constancia de “no acuerdo de conciliación” expedida por la Fiscalía General de la Nación el 7 de marzo de 2012, en el proceso penal adelantado con ocasión de la denuncia interpuesta por la señora Mariela contra el señor Ramón por violencia intrafamiliar.

3.9. Constancia del 7 de mayo de 2012 expedida por la directora del Colegio Arcoíris, en la que consta el pago de las mesadas escolares de Horacio por parte de la señora Mariela.

3.10. Copia del memorial suscrito el 7 de septiembre de 2011 por el Procurador 5 Judicial de Familia, en el que manifiesta interés para actuar en las audiencias que se adelanten por la Juez Cuarta de Familia de Barranquilla, con el objeto de defender los intereses de Horacio en el proceso de divorcio.

3.11. Copia de la medida de protección provisional del 11 de mayo de 2012 a favor de

Horacio, suscrita por la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1.

3.12. Copia del acta de audiencia celebrada el 14 de mayo de 2012, por la Juez Cuarta de Familia de Barranquilla, en el proceso de divorcio entre el señor Ramón y la señora Mariela.

3.13. Copia de una petición suscrita por el señor Ramón y dirigida al Colegio Arcoíris de 10 de mayo de 2012, en la que requiere que se informe las razones por las cuales su hijo ha dejado de asistir a dicha institución educativa. Al respecto afirma que desea conocer los motivos que ha dado la madre del menor para que éste no acuda al Colegio, toda vez que manifiesta estar preocupado por la condición de salud de su hijo.

3.14. Copia de una incapacidad médica del 27 de abril de 2012 suscrita por un pediatra, en la que se incapacita a Horacio por 10 días.

3.15. Copia del informe suscrito por la directora del Colegio Arcoíris dirigido al señor Ramón, de fecha 22 de mayo de 2012, en el que informan las fechas y los motivos de las inasistencias de Horacio al citado colegio. Sobre el particular señala que el menor no asistió a clase 5 días discontinuos por estados gripales, 9 días por una incapacidad médica y 5 días (del 14 al 22 de mayo de 2012) por “protección especial ordenada por autoridad policiva”.

3.16. Copia de una comunicación suscrita por la directora del Colegio Arcoíris de 22 de mayo de 2012 dirigida al señor Ramón, en la que se le solicita que en cumplimiento de la medida de protección dictada por la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1, se abstenga de ingresar a la institución.

IV. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

4.1. Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas en el trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

4.2. Tramite surtido ante la Corte Constitucional

4.2.1. Con el fin de obtener información sobre el estado psicológico y psiquiátrico de Horacio y de sus padres, mediante Auto del 3 de diciembre de 2012, el Magistrado Sustanciador ordenó al Instituto de Medicina Legal realizar un informe con miras a determinar, por un lado, el estado de las relaciones afectivas entre el menor y sus padres así como el estado actual de su desarrollo interpersonal y, por el otro, el cuadro psiquiátrico de sus padres, a fin de establecer si existe alguna condición que afecte su rol de padres.

El día 14 de enero de 2013, vencido el término probatorio, se recibieron los siguientes informes periciales:

4.2.1.1. Informe pericial de psiquiatría y psicología realizado a Horacio, por las doctoras María Isabel Ramos y Astrid Arrieta, psicóloga y psiquiatra, respectivamente, mediante el cual se concluyó que el niño tiene un desarrollo emocional normal y que no presenta ninguna alteración o patología en la línea psiquiátrica.

4.2.1.2. Informe psiquiátrico realizado al señor Ramón, por la doctora Astrid Isabel Arrieta Molinares, en el que se señala que no presenta signos o síntomas compatibles con un trastorno psiquiátrico, que vayan más allá de una personalidad narcisista.

4.2.1.3. Informe pericial de psicología realizado al señor Ramón, por la doctora María Isabel Ramos, en el que se afirma que el señor Ramón es una persona apta para ejercer su rol de padre, sin que su orientación sexual constituya una característica que impida el sano ejercicio de su rol de padre. Asimismo, afirma que se sugiere iniciar terapia psicológica para dirimir el conflicto familiar que ahora atraviesa.

4.2.1.4. Informe pericial de psicología realizado a la señora Mariela, por la doctora María Isabel Ramos Jiménez, en el que se sostiene que la señora Mariela es apta para ejercer el rol de madre, en similar sentido al informe anterior se sugiere iniciar terapia para tratar el conflicto familiar que se presenta, así como para que se le oriente acerca de las implicaciones de la función paterna en el desarrollo psicoactivo de su hijo.

4.2.1.5. Informe pericial de psiquiatría realizado a la señora Mariela por la doctora Astrid Arrieta, en el que se concluye que la señora Mariela no presenta signos o síntomas de un

trastorno psiquiátrico, sino de una personalidad obsesiva.

4.2.2. Mediante el mismo Auto se ofició al Colegio Arcoíris, para que rindiera un informe sobre si el menor está asistiendo a clases y las condiciones afectivas y psicológicas en las que se encuentra.

En escrito del 12 de diciembre de 2012, el representante legal del colegio, informó que Horacio ha asistido regularmente a sus clases.

Asimismo, aportó un informe socio-afectivo realizado por la psicóloga de la Institución, en el cual indica que Horacio es sociable con sus compañeros y profesores, tiene buen estado de ánimo y es un niño feliz.

Transcurrido el término concedido para que la Comisaría se pronunciara, no se recibió respuesta de la entidad requerida.

4.2.4. Mediante escrito del 17 de diciembre de 2012, la señora Mariela envió los siguientes documentos a esta Corporación: (i) copia del expediente No. 2011-00319 en el que está contenido el proceso divorcio ante el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla; (ii) copia del expediente No. 2012-00154 en el que está contenido el proceso de privación de patria potestad de Horacio ante el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla; (iii) historial académico, informes psicosociales e historia clínica de Horacio e (iv) historia clínica de la señora Mariela.

4.2.5. En auto de 22 de enero de 2013 se suspendieron los términos del proceso de revisión ante esta Corporación y se ordenó, en primer lugar, al psiquiatra que realizó el dictamen del menor y del señor Ramón, remitir al Instituto de Medicina Legal Seccional Barranquilla, los documentos con base en los cuales fundamentó el dictamen pericial que rindió y, en segundo lugar, a Medicina Legal Seccional Barranquilla para que, una vez recibiera los documentos enviados por el anterior profesional de la salud, remitiera sus resultados en torno a la validez científica de las conclusiones a las que llegó el psiquiatra.

4.2.5.1. Por intermedio de escrito del 31 de enero de 2013, el citado profesional de la salud, envió copia de la constancia de recibo por Medicina Legal de los documentos solicitados.

4.2.5.2. Por su parte, el 28 de junio de 2013, se recibió en Secretaría General de esta

Corporación el informe solicitado a Medicina Legal, en el que se afirma que dos profesionales del Grupo Nacional de Psiquiatría y Ciencias Forenses realizaron el análisis del dictamen elaborado por el psiquiatra particular y de los documentos que lo soportan, y como observación preliminar destacaron que muchos de los elementos que le sirvieron de apoyo tenían carácter privado y no se encontraba anexa la orden judicial para su obtención.

El resultado que arrojó el análisis dio cuenta de una serie de defectos de los que adolece el dictamen pericial, entre ellos los siguientes:

(i) El psiquiatra no siguió los lineamientos establecidos para la elaboración de peritajes psiquiátricos, esto es, el Protocolo Básico de Evaluación en Psiquiatría y Psicología Forense del INMLCF.

(ii) “No se documentan los antecedentes personales del niño, no documenta la evolución [de su] desarrollo psicomotor, incluidos historia de la concepción, del embarazo, del parto y del puerperio. Tampoco de la progresión de las diferentes líneas del desarrollo infantil, a saber: motora, lingüística, escolar, control de esfínteres, social, emocional y psicológica.”

(iii) Los apartes en los que el médico describe la personalidad de los padres no tienen sustento en entrevistas, sino en lo que el médico considera que es la personalidad de cada uno de ellos. Por lo demás, las descripciones contienen elementos que sugieren la inclusión de prejuicios por parte del citado profesional.

(iv) “Se observan elementos que sugieren que la interpretación que hace de algunos mecanismos psicodinámicos no se ajusta completamente al rigor de los principios y conceptos de la técnica psicodinámica (...).”

(v) En el dictamen se evalúa al niño con el objeto de aportar los resultados al proceso de privación de patria potestad, lo cual resulta erróneo, pues “no es a través de la evaluación de un niño que se puede llegar a conclusiones sobre aspectos forenses relativos a los padres, ni tampoco es a través de la evaluación del niño que se puede llegar a conclusiones sobre [la] patria potestad, en estos casos, es necesario examinar también a los padres”.

(vi) Las conclusiones a las que llega el psiquiatra en relación con el riesgo al cual se encuentra expuesto el niño por ser hijo de un padre homosexual, no tienen apoyo científico.

(vii) Algunos elementos dentro del documento analizado sugieren la existencia de juicios de responsabilidad.

Por último, en el informe aportado por Medicina Legal, se concluyó que es necesario seguir el protocolo para realizar este tipo de dictámenes, con lo cual se advirtió de la necesidad de que en ellos esté incluido el consentimiento de los entrevistados.

4.2.5.3. Finalmente, en escrito radicado ante esta Corporación el 3 de octubre de 2013, la señora Mariela aportó al proceso pruebas que ya obraban en el expediente, así como la copia de un certificado de sus gastos sucrito por un contador público y copia de la Sentencia T-389 de 1999.

4.3. Planteamiento del problema jurídico y esquema de resolución

4.3.1. A partir de las pruebas que obran en el expediente y de las decisiones adoptadas en las respectivas instancias judiciales, esta Corporación debe determinar, en primer lugar, si en el caso concreto el accionante se encuentra legitimado para agenciar los derechos de un menor al que, como consecuencia de un conflicto marital, supuestamente sus familiares y las autoridades competentes han “invisibilizado” y; en segundo lugar, si se cumple con el requisito de subsidiaridad de la acción de tutela, en cuanto se afirma que se encuentran en trámite otros medios de defensa promovidos para salvaguardar los derechos del menor.

En caso de que ambos interrogantes sean resueltos en forma afirmativa, le corresponderá a la Corte establecer, si del análisis de las circunstancias que rodean las controversias que se han originado entre los padres del menor, se desconocen los derechos fundamentales de este último a la vida, a la integridad física, a la salud, a tener una familia y no ser separado de ella, al amor, a la educación y a la recreación.

4.3.2. Para resolver los problemas jurídicos propuestos, (i) se estudiarán los requisitos generales para la procedencia de la agencia oficiosa y se hará particular énfasis en esta figura cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de un menor; (ii) se

realizarán consideraciones generales sobre la subsidiariedad en la acción de tutela; (iii) se analizarán los derechos de los niños frente a las obligaciones de los padres, la sociedad y el Estado; y (iv) se examinarán los mecanismos judiciales, policivos y administrativos para su protección. Finalmente, a partir del análisis de los temas previamente reseñados, (v) se estudiará la procedencia de la acción de tutela en el caso concreto.

4.4. De la agencia oficiosa de menores de edad

4.4.1. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por su misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.”

De acuerdo con la citada disposición, la legitimación por activa para presentar una acción de tutela no sólo se predica de la persona que solicita directamente el amparo de sus derechos fundamentales, pues dicha condición también le asiste a quien actúa como agente de una persona a la que le es imposible promover su propia defensa, siempre que dicha circunstancia se manifieste en la solicitud. Precisamente, en numerosos pronunciamientos, esta Corporación ha establecido que son dos los requisitos para que una persona pueda constituirse como agente oficioso:

“La presentación de la solicitud de amparo a través de agente oficioso tiene lugar, en principio, cuando éste manifiesta actuar en tal sentido y cuando de los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden actuar directamente.”[9]

4.4.2. En relación con el primer requisito, es decir, respecto de la manifestación expresa por parte del agente oficioso de actuar en tal calidad, la jurisprudencia de la Corte ha flexibilizado su examen, bajo el entendido que se acepta la legitimación, siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que actúa como tal. Así las cosas, si existe manifestación expresa del agente o si de los hechos se hace evidente que obra en dicha condición, el juez de tutela deberá analizar el cumplimiento del segundo requisito y

determinar, si en el caso bajo estudio, las circunstancias concretas le impiden al titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados actuar por sí mismo.

Y es que resulta a todas luces razonable que se restrinja la posibilidad de que cualquier persona, sin autorización o sin el consentimiento del presunto afectado, promueva la defensa de sus derechos fundamentales, pues de no ser así se estarían desconociendo los intereses y la autonomía de una persona que está capacitada plenamente para solicitar la tutela de sus derechos.

Al respecto, esta Corporación ha expresado que:

“[E]l agente oficioso o el Defensor del Pueblo y sus delegados, sólo pueden actuar dentro de los precisos límites que la ley ha señalado a sus actuaciones; por lo tanto, no pueden de ninguna manera arrogarse la atribución de interponer acciones de tutela a su arbitrio, es decir, sin que esté justificado plenamente el supuesto fáctico que la norma exige para legitimar sus actuaciones, cual es, que el afectado en sus derechos fundamentales no pueda promover directamente su propia defensa, por hallarse en una situación de desamparo e indefensión, o que solicite la intervención de dicho defensor.”[10]

4.4.3. En aquellos en que se busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, la agencia oficiosa sólo será procedente cuando sus padres o, en ausencia de ellos, sus representantes legales, primeros llamados a su protección, estén imposibilitados física o mentalmente para representarlos o cuando, pudiendo hacerlo, no acudan en su defensa. Esta subregla se deriva, por una parte, del reconocimiento que como derecho fundamental le otorga la Constitución a la honra, a la dignidad y a la intimidad de la familia (CP arts. 15 y 42), aunado al rol que se prevé para dicha institución como motor para la protección, amparo y desarrollo de sus integrantes (CP arts. 5, 42 y 44). Y, por la otra, responde a la lógica misma del Decreto 2591 de 1991, en donde la legitimación por activa de la acción de tutela, se sujeta a la actuación del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, directamente o a través de sus representantes, y sólo en aquellos casos en que ello no resulte posible, habilita el actuar del agente oficioso, tal como ya se explicó. Incluso, el artículo 44 del Texto Superior, sujeta la obligación de asistir y proteger al niño, por virtud del cual cualquier persona “puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”, a un orden lógico de actuación, esto es, en primer lugar, la

familia; y en segundo término, la sociedad y el Estado.

4.5. De la subsidiariedad de la acción de tutela

4.5.1. Al respecto, como en innumerables ocasiones lo ha señalado esta Corporación, es preciso recordar que el artículo 86 de la Constitución Política señala que el amparo constitucional sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[11]. Esto significa que la tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”[12]. El carácter residual obedece a la necesidad de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar, cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o no son lo suficientemente expeditos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así lo sostuvo la Corte, en la Sentencia SU-961 de 1999, al considerar que: “en cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone. Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria”. La segunda posibilidad es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de forma idónea, circunstancia en la cual es procedente conceder la tutela de manera directa, como mecanismo de protección definitiva de los derechos[13].

En relación con el primer supuesto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible[14]. Este amparo es eminentemente temporal, como lo reconoce el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: “En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio de este Tribunal, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño transcendente en el haber jurídico de una persona; y (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos[15]. En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, se consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela.”

Respecto del segundo supuesto, se entiende que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo, cuando, por ejemplo, no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, esta Corporación ha dicho que: “el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal[16]. La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”.[17]

Finalmente, reitera la Sala que en atención a la naturaleza eminentemente subsidiaria de la

acción de tutela, esta Corporación también ha establecido que la misma no está llamada a prosperar cuando a través de ella se pretenden sustituir los medios ordinarios de defensa judicial[18]. Al respecto, la Corte ha señalado que: “no es propio de la acción de tutela el [de ser un] medio o procedimiento llamado a remplazar los procesos ordinarios o especiales, ni el de ordenamiento sustitutivo en cuanto a la fijación de los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni el de instancia adicional a las existentes, ya que el propósito específico de su consagración, expresamente definido en el artículo 86 de la Carta, no es otro que el de brindar a la persona protección efectiva, actual y supletoria en orden a la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales”[19].

4.6. De los derechos fundamentales de los niños y de los deberes de la familia, la sociedad y el Estado para garantizar su efectividad

4.6.1. Los derechos fundamentales de los niños gozan de una especial protección en el Texto Superior, en la medida en que el artículo 44 le otorga dicha categoría a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación equilibrada, al nombre, a la nacionalidad, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado, al amor, a la educación, a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de la opinión, al tiempo que establece que gozarán de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

4.6.2. A la par de este reconocimiento, la Carta Política prevé que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral. Con fundamento en lo anterior, la ley establece el conjunto de deberes específicos que le asisten a cada uno de los citados actores, con el fin de hacer primar el interés superior del menor.

Entre las obligaciones de la familia, el Código de la Infancia y Adolescencia[20], entre otras, enumera las siguientes: (i) protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal; (ii) proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permita un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene; (iii) asegurarles desde su nacimiento el acceso a la educación y proveer las condiciones y medios para su adecuado desarrollo, garantizando su

continuidad y permanencia en el ciclo educativo y (iv) abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida.

Una interpretación sistemática de los artículos 42 y 44 del Texto Superior, resalta que la familia es la primera llamada a cumplir con la “obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”, siendo los padres quienes tienen el deber principal y directo de actuar en dicho sentido, pues un elemento inherente a la institución familiar y a los compromisos que de ella se generan, lo constituye el cuidado y la atención a los menores de edad, como expresión constitucional de la progenitura responsable que surge de la relación filial.

En cuanto a las obligaciones de la sociedad, el mismo Código previamente citado, entre otras, establece que ésta tiene el deber de respetar los derechos de los niños y dar aviso de los delitos o de las acciones que los vulneren o amenacen.

Finalmente, en los niveles nacional y territorial, el Estado tiene múltiples obligaciones consagradas expresamente en el artículo 41 del Código de la Infancia y Adolescencia, entre las cuales se encuentran: (i) garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes; (ii) asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia; (iii) asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados; (iv) resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos; (v) prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes y (vi) prevenir y atender la violencia sexual, la violencia dentro de la familia y el maltrato infantil, y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos.

4.6.3. Para efectos asegurar el cumplimiento de los citados derechos, el ordenamiento jurídico consagra varios mecanismos judiciales, administrativos y policivos, cuyo examen resulta pertinente con miras a resolver el caso concreto.

4.7. De los mecanismos para la protección de los derechos de los menores

4.7.1. En virtud de la amplia potestad de configuración normativa del legislador, como en otros casos se ha señalado por parte esta Corporación, se ha previsto un conjunto amplio de vías judiciales, administrativas y policivas cuyo propósito es amparar los derechos fundamentales de los niños[21]. En esta providencia, en la medida en que el amparo se propone como consecuencia del conflicto que ha surgido por el divorcio de los padres y las denuncias por los posibles actos de violencia que uno de los progenitores ha tenido respecto del menor supuestamente afectado en sus derechos fundamentales, esta Sala de Revisión tan sólo hará referencia a los mecanismos relacionados con el tema objeto de controversia[22].

4.7.2. Así, en primer lugar, se encuentra que una de las herramientas que consagra el ordenamiento jurídico, en el desarrollo del proceso verbal dirigido a obtener la declaración de un divorcio, cuyo objeto es disolver el vínculo matrimonial existente entre dos personas, al tiempo que da por terminada la sociedad conyugal; consiste en que en el curso de dicho proceso, antes de que se dicte sentencia, el juez tiene la posibilidad de decidir provisionalmente sobre el cuidado de los hijos y sobre el monto en que debe contribuir cada cónyuge para su sostenimiento[23].

Del mismo modo, una vez se profiera la sentencia que decide el fondo del asunto, el juez deberá determinar a cargo de quién queda la custodia de los hijos, cuál es el régimen de visitas del padre que no tenga a su cargo el cuidado, a quién le quedará la patria potestad y la proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento del menor[24].

4.7.2. En segundo lugar, otro mecanismo procesal que se consagra en el ordenamiento jurídico, es el proceso verbal para obtener la privación de la patria potestad de un padre en relación con su hijo no emancipado. En términos de esta Corporación, el concepto patria potestad hace referencia al “conjunto de derechos y facultades que la ley atribuye al padre y a la madre sobre la persona y bienes de los hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su condición les impone, es decir, para garantizar respecto de los hijos su protección, bienestar y formación integral, desde el momento mismo de la concepción, y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado.”[25]

El citado proceso aparece consagrado en el numeral 2º del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, con unas reglas especiales previstas en el artículo 446 de dicha codificación[26]. En todo caso, no sobra recordar que el concepto de patria potestad se complementa con el de responsabilidad parental, del cual se deriva la obligación de orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, a través de un compromiso solidario y compartido entre ambos padres, cuyo propósito es lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos[27].

Por esta razón, se entiende que una vez concluido el proceso de privación de la patria potestad, el padre o la madre pierden los derechos y facultades sobre su hijo no emancipado, las cuales se concretan en el ejercicio de su representación legal y en la administración, custodia y usufructo de sus bienes, sin que ello implique que se liberen o exoneren del conjunto de obligaciones parentales, como ocurre con el deber de asegurar su educación y suministrar los alimentos congruos[28].

4.7.3. Adicional a lo expuesto, el ordenamiento jurídico prevé medidas de protección contra la violencia intrafamiliar a cargo de las comisarías y jueces civiles y de familia. Al respecto, el artículo 5 de la Ley 294 de 1996, por la cual se dictan las normas para prevenir, remediar y sancionar dicha modalidad de violencia, establece la posibilidad de que un comisario de familia o el juez de conocimiento, previo trámite de un proceso breve y sumario, imponga una medida de protección definitiva a favor del miembro de un grupo familiar que sea víctimas de un daño físico o síquico, amenaza o agravio por otro de sus miembros, en la que se ordene al agresor abstenerse de realizar la conducta que genere la ofensa[29].

Dentro de esta medida de protección, como se señala en la norma en cita, el juez o comisario podrá ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera en el desarrollo normal de su vida. Además, cuando la violencia o maltrato revista gravedad y exista el riesgo de que se repita, el comisario o juez podrá ordenar una protección temporal especial por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere.

Lo anterior, no excluye la posibilidad de que las citadas autoridades, al momento de recibir

la solicitud, pueden dictar una medida de protección provisional dentro de las cuatro horas siguientes, para evitar todo acto de violencia o agresión contra la víctima.

4.7.4. Por último, en el ámbito penal se consagra a la familia como un bien jurídico a tutelar[30]. Con tal fin se tipifican varias conductas que no sólo atentan contra su existencia sino también contra los derechos de sus miembros. Así, por ejemplo, se consideran como delitos: la violencia intrafamiliar, el tráfico de menores, la adopción irregular y la inasistencia alimentaria.

En relación con este último, el legislador busca proteger el interés de los miembros de la familia que carecen de las condiciones para brindarse su propio sostenimiento, cuando alguno de sus miembros está legalmente obligado a hacerlo y, sin justa causa, se sustrae del cumplimiento de dicho deber. Por esta razón, el artículo 233 del Código Penal sanciona esa conducta con penas privativas de la libertad y pecuniarias de multa[31].

4.7.5. En conclusión, no cabe duda de que el ordenamiento jurídico brinda un amplio catálogo de herramientas dirigido a salvaguardar los derechos de los niños, como consecuencia de los conflictos que surjan entre los padres (v.gr., en razón de un divorcio) o como medida frente a actos de violencia o de incumplimiento a los deberes que les asisten, tal como ocurre, por ejemplo, con el proceso de pérdida de patria potestad, las medidas de protección contra la violencia intrafamiliar y las vías penales cuando se incurra en la comisión de una conducta tipificada como delito (v.gr., la inasistencia alimentaria). A partir de lo expuesto, se procederá al examen del caso bajo estudio.

4.8. Del caso concreto

Como se mencionó en el acápite de antecedentes, en el asunto sub-judice, el señor Francisco, en su calidad de agente oficioso del menor Horacio, solicita la protección de los derechos fundamentales de este último a la vida, a la integridad física, a la salud, a tener una familia y no ser separado de ella, al amor, a la educación y a la recreación, en la medida en que considera que ha sido invisibilizado en los conflictos que han surgido entre sus padres.

Con tal fin, pide que se ordene una (i) medida provisional que le proporcione seguridad por parte de los agentes de la Policía Nacional, “para que el niño pueda regresar a la escuela”;

(ii) se extienda la medida de protección ordenada a favor de la señora Mariela por la Comisaría de Familia, con el propósito de que incluya al menor Horacio; (iii) se impida el contacto del hijo con su padre, hasta tanto se defina el proceso de privación de la patria potestad; y finalmente; (iv) se haga un llamado para que se tenga en cuenta el carácter prevalente de los derechos de los niños, en el desarrollo de las actuaciones por parte de las distintas autoridades públicas involucradas en el presente caso.

4.8.1 De la agencia oficiosa en el caso concreto

Ahora bien, corresponde a la Sala determinar si el señor Francisco está legitimado por activa para ejercer la acción de tutela como agente oficioso del menor Horacio. Sobre este punto, tal como se expuso en el aparte considerativo de esta providencia, es preciso recordar que la actuación de un tercero dirigido a la protección de los derechos fundamentales de un niño, sólo será procedente cuando sus representantes legales se encuentren imposibilitados para promover su defensa o cuando, pudiendo hacerlo, no la ejercen.

En este caso, es preciso destacar que la madre del menor ha puesto en marcha todos los mecanismos tanto judiciales como administrativos para proteger los derechos de Horacio, de forma que no encuentra la Sala que los representantes legales del citado menor estén imposibilitados para representar a su hijo y reclamar la protección de sus derechos. Por el contrario, en el expediente se observa que sus actuaciones han estado dirigidas a velar por la protección de sus derechos, lo que descarta la intervención de un tercero por vía de la agencia oficiosa.

Con fundamento en la precitada consideración, esta Sala encuentra que no se acreditó la legitimación por activa que permita al señor Francisco actuar en nombre del menor Horacio y, por lo mismo, se deberá declarar la improcedencia de la acción. No obstante lo anterior, se pasará a determinar si además de la ausencia de legitimación por activa, la acción de tutela propuesta se someta al principio de subsidiaridad.

4.8.2. De la subsidiariedad en el caso concreto

4.8.2.1. Como se expuso en el acápite 4.7 de esta providencia, en la medida en que existen otros mecanismos de defensa judicial para proteger los intereses del menor, se analizará si

dichos mecanismos son idóneos para proteger sus derechos fundamentales y, en caso favorable, si el amparo estaría llamado a prosperar, con el fin de precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo anterior, sin dejar de lado que los derechos de los niños, como sujetos de especial protección constitucional, demandan una atención prioritaria del Estado (CP art. 44).

4.8.2.2. A través de la revisión del expediente, se observa que la señora Mariela inició un proceso verbal con el objeto de que se declare la disolución de su vínculo matrimonial con el señor Ramón, con fundamento en las causales 1°, 2° y 3° del artículo 154 del Código Civil, a saber: (i) las relaciones sexuales extramatrimoniales; (ii) el grave incumplimiento de los deberes que la ley les impone como cónyuges y como padres; y (iii) los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra. En el escrito de demanda, la citada señora solicitó que se decretaran alimentos a favor de Horacio y que se regularan las visitas del señor Ramón, teniendo en cuenta los intereses de su hijo.

Se advierte que como consecuencia de las pretensiones y de los hechos de la demanda, la Juez Cuarta de Familia del Circuito de Barranquilla decretó alimentos a favor de Horacio y decidió no dar trámite a la pretensión del señor Ramón para regular provisionalmente el régimen de visitas, hasta tanto se verificara mediante peritaje que el padre era una persona mentalmente sana y apta para ejercer dicho rol[32].

Asimismo, en las pruebas aportadas por la señora Mariela[33], se encuentra que el día 6 de junio de 2012 se inició ante el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla, un proceso verbal para obtener la privación de la patria potestad que el señor Ramón goza sobre Horacio, en el que se invoca como causal para su declaratoria el abandono del hijo, en los términos del numeral 2° del artículo 315 del Código Civil.

De estas actuaciones procesales se infiere que se han adoptado las medidas necesarias para proteger a Horacio, pues más allá de que se haya consagrado un régimen de alimentos, se ha sometido la regulación del régimen de visitas del señor Ramón (frente a quien se alega la existencia de una serie de hechos de violencia y de conductas nocivas para el menor) a la verificación previa de su idoneidad para ejercer el rol de padre. A este respecto se observa que el Juez Cuarto de Familia del Circuito de Barranquilla, desde la audiencia celebrada el 14 de mayo de 2012, decidió no regular provisionalmente las visitas

a su favor, hasta tanto Medicina Legal no rindiera un informe sobre el estado psicológico de él como de la señora Mariela. Ello sin perjuicio de lo que defina la autoridad competente, mientras se adelanta el proceso de privación de la patria potestad.

Adicional a lo anterior, se tiene que por solicitud de la señora Mariela, la Comisaría Nocturna de Familia Turno 1 dictó medida de protección provisional a favor del menor, ordenando para su materialización que el señor Ramón cese todo acto de violencia en contra de su hijo, que se le prohíba ingresar al plantel educativo y que se conceda al menor protección policiva provisional.

Bajo estas consideraciones, se concluye que los mecanismos existentes en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos de Horacio son idóneos para el efecto, pues durante el desarrollo de los procesos descritos se han tomado las medidas necesarias para proteger sus derechos fundamentales, lo que torna improcedente el amparo solicitado. En este mismo sentido, por ejemplo, en la Sentencia T-884 de 2011, esta Corporación consideró que la acción de tutela no está llamada a proceder para definir la custodia de un menor de edad. Al respecto, se dijo que:

“[La] definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, comoquiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del Ministerio Público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.”

4.8.2.3. No obstante lo anterior, es preciso indagar si la condición de salud mental y emocional del citado menor, hace necesario que el amparo constitucional esté llamado a prosperar con el fin de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable o si, por el contrario, es posible esperar hasta la decisión definitiva de los jueces naturales respecto de las causas que se encuentran en curso.

Al respecto, como previamente se señaló en el acápite de actuaciones en sede de revisión, este Tribunal ofició al Instituto de Medicina Legal para que efectuara estudios psicológicos y psiquiátricos a Horacio y a los señores Ramón y Mariela. En el dictamen rendido por la

citada autoridad, se informó que ambos padres son aptos para ejercer dicho rol y que no tienen ningún trastorno mayor que afecte su salud mental.

En cuanto al menor, el informe de Medicina Legal arribó a la conclusión de que se trata de un niño mentalmente sano. En el aparte pertinente, se expuso que:

“En la evaluación general el niño tiene un desarrollo conforme a su edad cronológica, emocionalmente su desarrollo es normal [y] acorde a la realidad presentada, asumiendo el rol materno la madre y el rol paterno el abuelo, ante la no presencia física del padre.

(...) Al examen mental se observa un niño emocionalmente sano, que ya está introyectando las figuras parentales que observa en este momento, bien cuidado, en este momento en el colegio, con una dificultad percibida en la parte motora y del lenguaje que está siendo tratada de manera adecuada por sus actuales cuidadores.

El examinado HORACIO, al momento de la evaluación y con los datos y material suministrados por la Corte no presenta ninguna alteración emocional o patología en la línea psiquiátrica”.

Por otra parte, en respuesta a la solicitud realizada por esta Corporación, el Colegio al cual asiste el menor envió un informe en el que una de sus psicólogas sostiene que Horacio es un niño feliz, con buenas relaciones familiares y que no ha manifestado comportamientos inadecuados en su área social, emocional y conductual[34].

En lo que atañe a la garantía de su derecho a la educación, en el mismo informe el Director del Colegio Arcoíris sostuvo que Horacio había asistido regularmente a clases durante el período lectivo. Esto se constata, adicionalmente, con el registro de ausencias aportado ante el juez de primera instancia, en el que se resalta un total de 19 fallas, 14 de las cuales tuvieron como causa incapacidades médicas y sólo 5 fueron consecuencia de la medida de seguridad dictada por la Comisaría de Familia[35].

Por último, en relación con la afirmación de que Horacio es un paciente que recibe terapias psicológicas y de lenguaje[36], como consecuencia de la falta de amor, felicidad y comprensión en el hogar donde nació; se advierte que, en sede de revisión, tanto la psicóloga como la psiquiatra del Instituto de Medicina Legal manifiestan que si bien el

menor cuenta con una “dificultad percibida en la parte motora y del lenguaje”, la misma “está siendo tratada de manera adecuada por sus actuales cuidadores”[37].

4.8.2.4. De los anteriores elementos probatorios se desprende que Horacio no se encuentra en riesgo de sufrir un perjuicio irremediable frente a sus derechos, por cuanto más allá de las dificultades que ha tenido que padecer por el conflicto de sus padres y de la medida de la protección adoptada a su favor por la Comisaría de Familia, su desarrollo es el de un niño mentalmente sano, cuya educación no se ha visto afectada y quien ha venido recibiendo el tratamiento adecuado para mejorar la dificultad percibida en la parte motora y del lenguaje, rodeado del cuidado y atención necesaria por sus actuales cuidadores.

A pesar de lo anterior, la Corte hace un llamado a las autoridades judiciales y administrativas que directa o indirectamente estén encargadas de la protección del interés superior del menor, para que continúen velando de forma permanente por la integridad de sus derechos, como hasta el momento lo han venido realizando.

4.8.2.5.. Por último, se resalta que el dictamen del psiquiatra presentado por la señora Mariela en el proceso de privación de patria potestad, según el informe rendido por Medicina Legal, tiene falencias no sólo formales sino sustanciales que dejan en entredicho la veracidad y el sustento científico del mismo, ya que no se fundamenta en el protocolo que se debe seguir para realizar este tipo de dictámenes y, adicionalmente, cuenta con juicios subjetivos por parte del médico que no obedecen a exámenes ni metodologías que permitan llegar a su arribo.

4.8.2.6. En conclusión, se observa que no se encuentra acreditada la agencia oficiosa en el caso concreto y que, adicionalmente, las pretensiones formuladas por el accionante están siendo satisfechas a través de los medios ordinarios que el ordenamiento jurídico prevé para tal efecto, por lo que la presente acción de tutela resulta improcedente, más aún cuando no se advierte la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así las cosas, se declarará la improcedencia del amparo impetrado por el señor Francisco y, en consecuencia, se confirmará la decisión de segunda instancia proferida por la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

4.9. Por último, y atendiendo al carácter privado que tienen algunos documentos obrantes en el expediente y a la afectación que podría generar su difusión indiscriminada en los derechos de las partes involucradas, se advertirá a la Sala Cuarta Civil – Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, juez de primera instancia a quien se remitirá el expediente, que deberá guardar estricta reserva sobre los nombres de las personas involucradas en la acción de tutela, al tiempo que deberá evaluar la procedencia de decretar copias o desglose de documentos que comprometan el derecho a la intimidad del menor Horacio y de sus padres, para ello deberá tener en cuenta la persona o autoridad que solicita los documentos, el carácter de dato personal privado de los mismos, el interés con el que se realiza dicha solicitud, entre otros criterios que constitucionalmente puedan restringir el derecho al acceso a dicha información.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión decretada en el curso del presente proceso.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de 19 de julio de 2012 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se declaró la improcedencia de la solicitud de amparo impetrada por el señor Francisco, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- ADVIÉRTASE a la Sala Cuarta Civil – Familia del Tribunal Superior de Barranquilla, que deberá guardar estricta reserva sobre los nombres de las personas involucradas en el asunto de la referencia, al tiempo que deberá evaluar la procedencia de decretar copias y desglose de documentos que comprometan el derecho a la intimidad del menor Horacio y de sus padres, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4.9 de esta providencia.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado Ponente

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General (E)

[1] Directora del Colegio Arcoíris

[2] Madre de Horacio

[3] Padre de Horacio

[4] Padre de la señora Mariela.

[5] Padre del señor Ramón.

[6] Constitución Política, art. 44 y Pacto de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.

[7] Padre de la señora Mariela.

[8] Padre del señor Ramón.

[9] Sentencia T-796 de 2009.

[10] Sentencia T-493 de 1993.

[11] Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

[12] Sentencia T-723 de 2010.

[13] Véanse, además, las Sentencias T-179 de 2003, T-500 de 2002, T-135 de 2002, T-1062 de 2001, T-482 de 2001, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1999, SU-086 de 1999, T-554 de 1998, T-384 de 1998 y T-287 de 1995.

[14] Sentencia C-225 de 1993.

[15] Ver, entre otras, las sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010.

[16] Véase, entre otras, las sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994.

[17] Sentencia T-705 de 2012.

[18] Igual doctrina se encuentra en las sentencias: T-203 de 1993, T-483 de 1993 y T-016 de 1995.

[19] Sentencia C-543 de 1992.

[20] Ley 1098 de 2006.

[21] Véase, entre otras, las Sentencias T-572 de 2010 y T-851A de 2012.

[22] En esta sentencia se hace referencia al Código de Procedimiento Civil, en la medida en que los hechos objeto de controversia tuvieron ocasión con anterioridad a la entrada en vigencia del Código General del Proceso y en el distrito respectivo todavía no se ha dispuesto su implementación. Acuerdo PSAA13-10073 del 27 de diciembre de 2013.

[23] La norma en cita dispone que: “Artículo 444. En el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas: 1. Simultáneamente con la admisión de la demanda o antes, si hubiere urgencia, el juez podrá decretar las siguientes medidas: a) Autorizar la residencia separada de los cónyuges, y si éstos fueren menores, disponer el depósito en casa de sus padres o de sus parientes más próximos o en la de un tercero, cuando el juez lo considere conveniente; b) Poner a los hijos al cuidado de uno de los cónyuges o de ambos, o de un

tercero, según lo crea más conveniente para su protección; c) Señalar la cantidad con que cada cónyuge deba contribuir, según su capacidad económica, para gastos de habitación y sostenimiento del otro cónyuge y de los hijos comunes, y la educación de éstos (...)."

[24] Sobre el particular se señala que: "Artículo 444. En el proceso de divorcio se observarán las siguientes reglas: (...) 4. El juez, en la sentencia que decrete el divorcio, decidirá: a) Si el cuidado de los hijos corresponde a uno de los cónyuges, o a ambos, o a otra persona, atendiendo a su edad, sexo y la causa probada del divorcio; b) A quién corresponde la patria potestad sobre los hijos no emancipados, en los casos en que la causa probada del divorcio determine suspensión o pérdida de la misma, o si los hijos deben quedar bajo su guarda; c) La proporción en que los cónyuges deben contribuir a los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 257 del Código Civil, y d) El monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro, si fuere el caso."

[25] Sentencia C-145 de 2010.

[26] Al respecto, se dispone que: "Privación, suspensión y restablecimiento de la patria potestad, remoción del guardador, y privación de la administración de los bienes del hijo. Cuando el juez haya de promover de oficio un proceso sobre privación, suspensión o restablecimiento de la patria potestad, o remoción del guardador, dictará un auto en que exponga los hechos en que se fundamenta y la finalidad que se propone, de cuyo contenido dará traslado a la persona contra quien haya de seguirse el proceso, en la forma indicada en el artículo 87.

En la demanda se expresará el nombre de los parientes que deban ser oídos de acuerdo con el artículo 61 del Código Civil y la habitación o el lugar donde trabajen, o se afirmará que se ignoran, bajo juramento que se considerará prestado por su presentación.

Parágrafo. Cuando se prive al padre o madre de la administración de los bienes del hijo, la provisión de curador adjunto se hará a continuación del mismo proceso, por trámite que señala el artículo."

[27] Sobre este punto, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia destaca que: "La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en

la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos. // En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

[28] Sentencias C-997 de 2004, C-145 de 2010 y T-266 de 2012.

[29] Sobre el particular, la norma en cita señala que: “Artículo 5o. Si el Comisario de Familia o el Juez de conocimiento determina que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar. El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas:

- a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia;
- b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los menores, cuya custodia provisional le haya sido adjudicada;
- c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar;
- d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor cuando éste ya tuviera antecedentes en materia de violencia intrafamiliar;

e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima;

f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición el Comisario ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere;

g) Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la presente ley.

Parágrafo 1o. En los procesos de divorcio o de separación de cuerpos por causal de maltrato, el juez podrá decretar cualquiera de las medidas de protección consagradas en este artículo.

Parágrafo 2o. Estas mismas medidas podrán ser dictadas en forma provisional e inmediata por el fiscal que conozca delitos que puedan tener origen en actos de violencia intrafamiliar. El fiscal remitirá el caso en lo pertinente a la Acción de Violencia Intrafamiliar, al Comisario de Familia competente, o en su defecto al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, para que continúe su conocimiento.”

[30] Título VI de la Ley 599 de 2000, referente a los delitos contra la familia.

[31] La disposición en cita consagra que: “El que se sustraiga sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años y multa de diez (10) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La pena será de prisión de dos (2) a cuatro (4) años y multa de quince (15) a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes cuando la inasistencia alimentaria se cometa contra un menor de catorce (14) años”. El texto subrayado fue declarado inexecutable mediante Sentencia C-247 de 2004.

[32] Cuaderno 1, folios 119 y 120.

[33] Expediente No. 2012-00154, folio 287.

[34] Cuaderno principal, folio 30.

[35] Cuaderno 1, folio 134.

[36] Cuaderno 1, folio 2.

[37] Cuaderno 1, folio 33.