

Sentencia T-858/10

ACCION DE TUTELA-Caso de custodia en que se alega vulneración de derechos fundamentales de menores de edad por parte de Comisaría de Familia al no tener en cuenta condiciones personales, psicológicas, económicas y sociales de los padres

MENOR DE EDAD-Carácter superior y prevalente de los derechos e intereses

ACCION DE TUTELA-Carácter subsidiario/ACCION DE TUTELA-Existencia de un medio de defensa judicial idóneo y eficaz

ACCION DE TUTELA-Procedencia como mecanismo transitorio

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA PARA LA PROTECCION DE DERECHOS FUNDAMENTALES A MENORES DE EDAD-Procede para evitar perjuicio irremediable que afecte derechos fundamentales de menores involucradas

Referencia: expediente T-2'708.683

Accionante: Blanca Yaneth Camacho González.

Accionado: Comisaría de Familia de Socha, Boyacá.

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre dos mil diez (2010).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elias Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, que confirmó la decisión del Juzgado Promiscuo Municipal de esa jurisdicción, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por la señora Blanca Yaneth Camacho González contra la

Comisaría de Familia de Socha, Boyacá.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio del auto del 7 de julio de 2010, proferido por la Sala de Selección Número Siete y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

El cinco (5) de abril de dos mil diez (2010), la señora Blanca Yaneth Camacho González en representación de los menores Lauri Daniela y Anyela Mariana Rincón Camacho, presentó acción de tutela contra la Comisaría de Familia de Socha, por considerar vulnerado “su derecho a un ambiente sano y calidad de vida en condiciones de dignidad, el derecho a la libertad y seguridad personal, el derecho a tener una familia y a no ser separadas de ella, el derecho de custodia y cuidado personal por parte de su progenitora, entre otros”.

1. Hechos y pretensiones

1.1. Manifiesta la accionante que contrajo matrimonio con el señor Omar Germán Rincón Gallo el 12 de marzo de 2005 y de esa unión, nacieron las menores Lauri Daniela, de siete años, Anyela Mariana de 4 años y Anilis Manuela Rincón Camacho, de un año de edad¹.

1.2. Que durante el tiempo que ha permanecido casada con el señor Omar Rincón, ha recibido constantes agresiones físicas y verbales, las cuales ha puesto en conocimiento de la Fiscalía, la Policía y de la Comisaría de Familia.

1.3. El 27 de enero de 2010, acudió a la Comisaría de Familia de Socha para solicitar la suspensión de la vida en común, custodia de las menores y fijación de la cuota de alimentos. Señala que dentro del trámite seguido por la citada comisaría, el 2 de marzo de 2010 se celebró una audiencia para otorgar la protección y cuidado de las menores, pero por no llegar a un acuerdo con el señor Rincón, la Comisaria dejó a las niñas Lauri Daniela y Anyela Mariana bajo el cuidado de su esposo y, la más pequeña, Anilis Manuela, quedó a su cargo. En dicha acta se dispuso lo siguiente:

“(…) Acto seguido la Comisaria de Familia se constituyó en audiencia pública al tenor del código de Infancia y la Adolescencia. Es así como después de un amplio diálogo entre las partes sobre la problemática familiar y de manera especial a la protección que requiere (el) los menor (es) en mención sobre la base de los derechos que les incumbe y con el propósito

de hallar pronta y adecuada solución, para lo cual se propusieron fórmulas de arreglo por la Comisaría de Familia y con el acompañamiento de la psicóloga de la ESE Hospital.

Acto seguido se le da la palabra al señor OMAR GERMAN RINCON GALLO, a lo cual manifestó que ella ha abandonado parcialmente el hogar ya que en diciembre se fue de la casa mostrándoles en público actitudes de inmoralidad e intentando maltratar a las niñas siempre que están en mi presencia, al igual que hurtando los bienes de las niñas sin saber el destino final de esos dineros, todo esto hace que ella demuestre falta de compromiso por su hogar y la educación de las niñas, ya que cuando yo estoy trabajando ella las deja solas y llega hasta altas horas de la noche.

Acto seguido se le da la palabra a la señora BLANCA YANETH CAMACHO, manifestando que ella se encarga de sus niñas, que las quiere a las tres en mi casa (sic), les puedo suministrar lo que necesiten, nunca abandoné mi hogar me salí porque mi esposo me sacó a la fuerza porque no quería estar con él y me quitó las llaves y no tengo acceso a la casa. No puedo permitir que queden con OMAR porque el en este momento tiene otro hogar y no tiene la moralidad ni el respeto por sí mismo para encargarse de la educación y el bienestar de las niñas. Si me salí de mis casillas todo fue porque él lo provocó y se basó en ello para llevarse las niñas porque en el momento que estábamos en la casa dijo esto no pudo salir mejor que como él lo esperaba. Nunca las he dejado solas más de diez minutos. Y nunca he llegado tarde de (sic) la noche como él lo dice.

Teniendo en cuenta que los progenitores no lograron un acuerdo y es inminente una separación de los cónyuges, es indispensable asegurarle el bienestar de las niñas LAURI DANIELA, ANYELA MARIANA Y ANILIS MANUELA RINCON CAMACHO, es por eso que este despacho se apoyó del concepto de la Dra. LADY MAYERLI VERGARA ESTUPIÑAN, donde ella tuvo la oportunidad de trabajar con todos los integrantes de esta familia, dando conceptos profesionales que reposan en la respectiva carpeta. Igualmente se plantearon por esta Comisaría y por parte de la Psicóloga fórmulas de arreglo para lograr conseguir un acuerdo entre todos y lograr así conseguir el bienestar de las niñas.

La Psicóloga entrevistó a las niñas en forma personal, llegando a la conclusión y según reporte que las niñas mayores LAURI DANIELA, ANYELA MARIANA RINCON CAMACHO manifiestan 'queremos estar con mi papá, en la casa de la abuelita y que la niña menor

ANILIS MANUELA RINCON CAMACHO se quede con su mami en la casita’.

Por lo anterior y con base en el reporte psicológico este despacho:

DECRETA:

1. La custodia y cuidado de las niñas LAURI DANIELA, ANYELA MARIANA Y ANILIS MANUELA RINCON CAMACHO, será compartida entre sus progenitores, quienes serán y deberán responder por la crianza, educación, salud y formación integral de las menores hijas.

2. Las niñas LAURI DANIELA y ANYELA MARIANA RINCON CAMACHO, quedarán al cuidado del señor OMAR GERMAN RINCON GALLO. La niña ANILIS MANUELA RINCON CAMACHO, quedará en cabeza de la señora BLANCA YANETH CAMACHO.

(...)

1. Lo anterior se determinó mediante un estudio hecho por la doctora Psicóloga de la ESE, Dra. LADY MAYERLI VERGARA E. la cual tuvo la oportunidad de trabajar con todos los integrantes de esta familia.

Lo anterior y habiéndole tomado entrevista a las niñas, por parte de la Psicóloga de la ESE Hospital, se determinó que era la mejor opción en pro del bienestar de las niñas. (...)"

1.4. Considera que la anterior decisión “se basó en un presunto estudio familiar realizado por la sicóloga LADY MAYERLI VERGARA, del cual nunca se me dio a conocer, ni se allegó al expediente para poder ejercer mi derecho de defensa y que hoy ha sido la justificación de separar a mis hijas del amor, compañía, protección y cuidado verdadero de su progenitora, lo cual hacen que esta decisión sea totalmente injusta y contraria a la ley”. Igualmente, señala que la Comisaria ha desconocido el antecedente de violencia y agresividad del señor Omar Germán Rincón y ha sido aplicado en su contra sin razón alguna.

1.5. Expresa que la anterior determinación ha propiciado que su esposo evite encuentros entre las niñas y su madre a tal punto que “el pasado 27 de marzo, procedió a llevárselas con equipaje presuntamente para el municipio de Paipa, sin consultarme o contar con el permiso

formal y legal que se requiere, siempre pensando en el verdadero cuidado de mis hijas, que hoy desconozco su paradero y la finalidad de su salida de manera intempestiva del municipio de Socha y que desconocía la misma Comisaría de Familia”.

1.6. Finalmente, a juicio de la accionante, la decisión de la Comisaría de Familia ha causado problemas en el desarrollo físico, psicológico y emocional de las niñas, razón por la cual solicita que se ordene a dicha autoridad retirar el beneficio concedido al señor Omar Germán Rincón Gallo y se efectúe el traslado inmediato de las menores al municipio de Socha, así como la restitución de la custodia y protección en cabeza de su madre, por ser la persona idónea para brindarles el cuidado que requieren, mientras acude a la vía judicial. Del mismo modo, pretende que se ordene al padre de las menores el cumplimiento de las obligaciones de manutención que le corresponden.

2. Trámite procesal y oposición a la demanda de tutela

El Juzgado Promiscuo Municipal de Socha, mediante proveído del 6 de abril de 2010, admitió la demanda y corrió traslado a la Comisaría de Familia de esa localidad para que se pronunciara al respecto. En el mismo auto, ordenó la vinculación del señor Omar Germán Rincón Gallo y del Procurador de Familia de este Distrito.

3. Contestación de la demanda

3.1. La Comisaría de Familia de Socha, Boyacá, manifestó que contrario a lo afirmado por la accionante, la custodia y el cuidado de las niñas Laury Daniela, Anyela Mariana y Analis Manuela Rincón Camacho es compartida provisionalmente por ambos padres, teniendo en cuenta que la pareja, y especialmente la madre, no ha cumplido sus obligaciones y deberes con las menores, exponiéndolas a vejámenes, inmoralidad, inestabilidad emocional y otros males.

Expuso que previo a la celebración de la audiencia del 2 de marzo de 2010, donde se otorgó la custodia compartida de las niñas, se había realizado una conciliación, el 28 de enero de 2010, en la cual los padres se comprometieron a mantener el orden y el respeto en su hogar para el bienestar de sus hijas. Sin embargo, dicho compromiso no se cumplió. Por esta razón, el despacho decretó la práctica de algunas pruebas, entre esas, el concepto psicológico de la profesional Leidy Vergara, en el cual se explica ampliamente la problemática detectada

en cada uno de los miembros de la familia y las repercusiones notorias en las menores de edad.

Señaló que en aras de garantizar la salud mental, física y moral de las menores, se realizan visitas periódicas al lugar donde residen con el padre, pues fue con él con quien escogieron vivir. Además, que de acuerdo a la visita realizada el 11 de marzo de 2010 se comprobó que en el hogar paterno no había brotes de violencia, por el contrario, se evidenció unión familiar y un ambiente sano para las niñas.

Finalmente, consideró que la acción era improcedente. Al respecto, anotó que la accionante, en diciembre de 2008, denunció penalmente por violencia intrafamiliar al señor Rincón Gallo.

Que en julio de 2008, ante esa comisaría de familia, se adelantó un proceso por el mismo caso de violencia contra la señora Blanca Camacho y que actualmente se encuentra vigente otro proceso. Por tal razón, la accionante “ha acudido al aparato judicial y administrativo del estado para que se adopten los procedimientos correspondientes tal como aparece en el expediente 2010.02 que llevo en mi despacho”.

Luego de hacer un relato sobre acontecimientos que reflejan la conducta irresponsable de la accionante, solicita que se rechacen las pretensiones invocadas en la presente acción de tutela.

4. Pruebas que obran en el expediente

Dentro del expediente se encuentran como pruebas relevantes las siguientes:

4.1. Copia del registro civil de matrimonio de los señores Blanca Yaneth Camacho González y Omar Germán Rincón Gallo. (Folio 6).

4.2. Copia de los registros civiles de nacimiento de las menores Laury Daniela, Anyela Mariana y Analis Manuela Rincón Camacho. (Folios 7 a 9).

4.3. Copia de la audiencia celebrada el día 2 de marzo de 2010 por la Comisaría de Socha, para otorgar la custodia y cuidado de las menores. (Folios 15 y 16).

4.4. Copia del proceso No. 2010-02 iniciado por la señora Blanca Camacho el 27 de enero de 2010 y adelantado por la Comisaría de Familia de Socha. (Folios 36 a 94).

4.5. Copia de la denuncia por violencia intrafamiliar, realizada por el señor Omar Rincón Gallo ante la Fiscalía General de la Nación. (Folios 109 a 111).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Socha, mediante providencia de abril 19 de 2010, concedió el amparo solicitado y dejó sin efectos el acta 010 de marzo 2 de 2010.

Consideró el juez de conocimiento que el procedimiento que debió seguir la Comisaria de Familia era el contemplado en el artículo 99 de la Ley 1098 de 2006, el cual “brilla por su ausencia”.

Además, señaló que “en lo que respecta a la omisión de este trámite y haberse concedido la custodia y cuidado personal de las menores LAURI DANIELA, ANYELA MARIANA RINCON CAMACHO, de manera apresurada sin tener en cuenta el debido proceso que rige para todas las actuaciones de los funcionarios públicos, resulta obvio que en estos casos en que se salvaguarda la suerte de las menores con el solo concepto de la psicóloga de turno, surgen verdaderas dudas sobre la conveniencia para las menores de permanecer al lado de alguno de los progenitores, la Comisaría debe llenarse de elementos de juicio para ponderar en debida forma tal aspecto, orientado como debe ser por el interés superior de los menores que es el que debe primar sobre cualquier otra consideración”.

Agregó que “teniendo en cuenta las particularidades que rodean la situación de las menores, resulta apenas acertado recaudar las probanzas suficientes para definir mediante un debido proceso a cuál de los progenitores debe asignarse una custodia definitiva propendiendo porque el entorno futuro que las rodea sea el más adecuado para su desarrollo integral y le propicie el bienestar físico y psicológico que requieren las tres menores”.

En consecuencia, ordenó el reintegro en forma inmediata de las menores al seno materno.

2. Impugnación

El señor Omar Germán Rincón Gallo impugnó oportunamente la anterior decisión. En su criterio, el trámite señalado en el artículo 99 del Código de la infancia y la adolescencia se

surtió en debida forma.

Manifestó, además, que los derechos de las menores no se han vulnerado pues la funcionaria tuvo en cuenta el deseo de las niñas de permanecer con su padre. Igualmente, señaló que no se ha alejado totalmente a la madre de sus hijas ya que en el acta se le impusieron unas obligaciones relacionadas con el contacto y cuidado de aquellas.

En consecuencia, solicita la revocatoria de la decisión judicial proferida en primera instancia para que, en su lugar, se ordene a la comisaría de familia de Socha mantener en firme el contenido del acta No. 010 del 2 de marzo de 2010.

3. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, mediante providencia del 25 de mayo de 2010, compartió los argumentos esbozados en primera instancia por el a quo.

Señaló que la actuación demandada vulnera el debido proceso de la accionante ya que era deber de la comisaría de familia “emitir la correspondiente resolución de apertura de investigación, conforme lo norma el Código de la Infancia y de la Adolescencia, dando traslado de esa actuación administrativa, para que los involucrados dentro del proceso pudieran haber ejercido el derecho de defensa y contradicción respecto de las pruebas que tuviera la respectiva funcionaria para tomar las medidas provisionales de urgencia”.

En virtud de lo anterior, confirmó la decisión dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Socha el 19 de abril de 2010.

III. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN

El padre de las menores, a través de apoderada judicial, solicitó a esta Sala la práctica de pruebas que permitieran determinar si por parte de la madre de las niñas existen actos de violencia en su contra.

Con el fin de obtener claridad en el asunto, esta Sala de Revisión, en auto de fecha ocho (8) de octubre de 2010, resolvió oficiar al Defensor de Familia de Duitama, Boyacá, funcionario competente por factor territorial por no existir esta autoridad en el municipio de Socha, para que realizara las siguientes gestiones:

“(…)

1. Practique una visita domiciliaria y evalúe psicológicamente a los señores Blanca Yaneth Camacho González y Omar Germán Rincón Gallo, residentes en ese municipio, con la finalidad de determinar si son aptos para hacerse cargo, responsablemente, del cuidado de las menores Lauri Daniela, Anyela Mariana y Anilis Manuela Rincón Camacho.

1. Practique una valoración psicológica a las menores Lauri Daniela y Anyela Mariana Rincón Camacho y verifique el estado emocional en el que se encuentran las niñas.

1. Con la asistencia de un profesional de la salud, se examine el estado físico y de salud en el que se encuentran las niñas Lauri Daniela y Anyela Mariana Rincón Camacho.

Vencido el término concedido para el efecto, el Defensor de Familia remitió los siguientes informes:

1. Informe social, el cual comprende dos aspectos: una visita domiciliaria y una valoración del entorno social de las menores y de sus padres. En dicho informe, la trabajadora social realiza las siguientes observaciones:

“En cuanto a lo identificado se concluye que la señora Blanca Yaneth Camacho González es garante de los derechos de sus hijas, ella les ofrece estabilidad emocional, lo cual por reporte de ellas comentan sentirse seguras al lado de su madre.

El padre no se encuentra emocionalmente estable para hacerse cargo del cuidado de las niñas, ya que en entrevista con el señor Omar se evidenciaron algunas incoherencias al relatar su historia de vida, en donde siempre comentó que su ex esposa lo maltrataba y durante la relación le fue infiel. Comenta además que ha sido tratado por el psiquiatra mostrando interés por salvar la relación, sin embargo al hacer grupo de estudio la doctora

Claudia, psicóloga refiere que el le comenta que su asistencia es a causa de una cirugía de columna la cual debían realizarse y el no quería someterse a dicha intervención.

Hasta la fecha no se ha realizado el aporte de la cuota alimentaria por el valor de 180.000 pesos asignado, sin embargo Omar dice que los aportes ya se realizaron.

(...)

Se debe realizar seguimiento psicoterapéutico al señor Omar Germán Rincón quien no se encuentra psicológicamente estable y (sic) afectado la vida de sus hijas y ex esposa.”

1. Concepto médico rendido por la ESE Hospital de Socha, en el cual se certifica que las menores se encuentran en perfecto estado de salud.

1. Informe psicológico en el cual se rindió el siguiente concepto:

“Situación encontrada:

Padres separados por violencia intrafamiliar hace un año, con sentencia de divorcio hace quince (15) días de acuerdo a lo referido por OMAR GERMÁN RINCÓN GALLO. Las niñas LAURI DANIELA y ANYELA MARIANA RINCÓN CAMACHO se encuentran bajo la custodia y cuidado personal de la madre, señora BLANCA YANETH CAMACHO GONZALEZ al igual que la niña menor MANUELA RINCÓN CAMACHO de dos (2) años de edad.

LAURI DANIELA y ANYELA MARIANA RINCÓN CAMACHO se observan alegres, tranquilas, activas, expresivas, espontáneas, lenguaje fluido, responden a la conversación, miran a los ojos al interlocutor, manejo adecuado de hábitos, normas y límites, vinculación afectiva fuerte hacia los dos padres, desempeño académico adecuado, habilidades sociales avanzadas, en general desarrollo adecuado para la edad.

BLANCA YANETH CAMACHO GONZALEZ se observa afectada emocionalmente por la situación de violencia vivenciada y a la cual sigue expuesta teniendo en cuenta que OMAR GERMÁN RINCÓN GALLO se mantiene en la acción de desdibujar la imagen de ella socialmente y con

las niñas, sin embargo está rodeada de varias redes de apoyo como son la familiar, social y espiritual que le permiten fortalecerse y potencializar la responsabilidad para desempeñar asertivamente su rol como madre y abriéndose espacios laborales que le permitan la consecución de ingresos económicos para la manutención de sus hijas.

En OMAR GERMÁN RINCÓN GALLO se encuentra la presencia de conductas como inmadurez, dependencia afectiva, emocionalmente inestable, impaciente, impulsivo, agresivo, manipulación, presencia de mentiras, victimización, relatos no coherentes, no asume la responsabilidad de sus actos, le concede elevado valor a lo material, refiere haber sido remitido a psiquiatría por la EPS Saludcoop para manejo de depresión.

Concepto:

BLANCA YANETH CAMACHO GONZÁLEZ como mamá ha sido garante de los derechos de las niñas LAURI DANIELA y ANYELA MARIANA RINCÓN CAMACHO y asume de manera responsable su rol materno lo cual permite establecer que proporcionaría un adecuado y sano cuidado y atención a las niñas.

Se sugiere:

Atención psicoterapéutica para el grupo familiar con el objeto de potencializar la relación entre los diferentes miembros de la familia, trabajar manejo de duelo, asertividad, comunicación, resolución de conflictos y pautas de crianza. De esta manera garantizar el desarrollo armónico de las niñas.”

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica anteriormente descrita, le corresponde a la Sala determinar si la medida provisional adoptada por la Comisaría de Familia de Socha, dentro del trámite administrativo de suspensión de vida común, custodia de menores y fijación de cuota de alimentos, promovido por la accionante, vulneró los derechos fundamentales de sus menores hijas Lauri Daniela, Anyela Mariana y Analis Manuela, al disponer que el cuidado de las dos primeras, quedaría en cabeza del padre y no de su madre, quien se considera la persona adecuada para brindarles la atención que las niñas requieren.

Para tales efectos, la Sala iniciará (i) por reiterar la doctrina de la Corte Constitucional en torno al carácter superior y prevalente de los derechos de los menores. Posteriormente, se pronunciará (ii) sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela y analizará (iii) si en el caso bajo examen, existe otro mecanismo de defensa judicial que garantice la protección de los derechos de las menores. En caso afirmativo, deberá establecer si el mismo es eficaz e idóneo para lograr tal objetivo o, de lo contrario, la acción de tutela sería la vía procesal pertinente para garantizar el interés superior de las menores.

3. Carácter superior y prevalente de los derechos e intereses de los menores de edad. Reiteración de jurisprudencia

Atendiendo las condiciones de debilidad manifiesta e incapacidad física y psicológica para llevar una vida totalmente independiente, la Constitución Política de 1991 elevó a rango constitucional la protección especial de los menores de edad en el ordenamiento jurídico colombiano, garantizando de esta manera el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos, y su normal desarrollo en todos los aspectos.

En consecuencia, en el artículo 44 Superior, se impone a la familia, a la sociedad y al Estado, la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, al tiempo que establece como principio general que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y que serán considerados fundamentales para todos los efectos, exigiendo privilegiar y asegurar su ejercicio y goce con total plenitud².

Este tratamiento preferencial, encuentra respaldo y reconocimiento en el derecho internacional contemporáneo a través del llamado “principio del interés superior del menor, consagrado por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos del niño, y posteriormente reproducido en otros instrumentos internacionales como la Declaración

Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts.23 y 24) y la Convención Sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989”4

En efecto, en diversos pactos internacionales aprobados por Colombia⁵, se ha procurado la protección de los derechos todos los niños sin distinción de raza, color, sexo, religión, idioma, origen social o posición económica, la cual debe ser garantizada por su familia, la sociedad y el Estado.

Por otra parte, estos principios han sido desarrollados en la normatividad legal vigente, en concreto, en la Ley 1098 de 2006 por la cual se adoptó el Código de la Infancia y la Adolescencia, al disponer:

ARTÍCULO 1o. FINALIDAD. Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

ARTÍCULO 2o. OBJETO. El presente código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado.

ARTÍCULO 3o. SUJETOS TITULARES DE DERECHOS. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad.

PARÁGRAFO 1o. En caso de duda sobre la mayoría o minoría de edad, se presumirá esta. En caso de duda sobre la edad del niño, niña o adolescente se presumirá la edad inferior. Las autoridades judiciales y administrativas, ordenarán la práctica de las pruebas para la determinación de la edad, y una vez establecida, confirmarán o revocarán las medidas y ordenarán los correctivos necesarios para la ley.

PARÁGRAFO 2o. En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política.

ARTÍCULO 4o. ÁMBITO DE APLICACIÓN. El presente código se aplica a todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio nacional, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad, cuando una de ellas sea la colombiana.

ARTÍCULO 5o. NATURALEZA DE LAS NORMAS CONTENIDAS EN ESTE CÓDIGO. Las normas sobre los niños, las niñas y los adolescentes, contenidas en este código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes.

ARTÍCULO 6o. REGLAS DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN. Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de Derechos Humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, harán parte integral de este Código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas.

ARTÍCULO 7o. PROTECCIÓN INTEGRAL. Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

ARTÍCULO 8o. INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas

las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

ARTÍCULO 9o. PREVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

Finalmente, cabe señalar que la jurisprudencia constitucional también ha precisado en diversas oportunidades⁶ el contenido de los principios de la protección especial de la niñez y de preservación del interés superior y prevalente del menor. Así, en la sentencia C-796 de 20047, la Corte sostuvo lo siguiente:

La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos, reconocidos de forma expresa por el precitado artículo 44 del actual Estatuto Fundamental, representan verdaderos valores y principios que no sólo están llamados a irradiar la expedición, interpretación y aplicación de todas las normas de justicia imputable a los menores, sino también a orientar la promoción de políticas y la realización de acciones concretas dirigidas al logro de su bienestar físico, moral, intelectual y espiritual⁸; entendiendo dicho bienestar como una de las causas finales de la sociedad y del Estado, y como un objetivo del sistema jurídico⁹.

Lo anterior permite concluir que, de conformidad con la Constitución, la ley, los tratados internacionales y la jurisprudencia constitucional, los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás, razón por la cual se ofrecen garantías y beneficios que protegen su proceso de formación y desarrollo. Igualmente, que al adquirir los menores el estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, la satisfacción de ese deber, se constituye en el objetivo primario de toda actuación -particular u oficial- que les concierna.

4. El carácter subsidiario de la acción de tutela

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, la acción de tutela tiene un

carácter subsidiario en cuanto sólo procede “cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Al respecto, en la sentencia C-543 de 1992, la Corte afirmó lo siguiente:

“(…) 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 (…)”.

En el mismo sentido, esta Corporación ha sostenido que “la tutela no converge con las vías judiciales ordinarias previstas por el legislador y, por tanto, para el interesado no es discrecional escoger entre aquellas y el amparo constitucional. Los medios ordinarios serán la vía principal y directa para la discusión del derecho y la acción de tutela sólo operará como mecanismo subsidiario y excepcional para la protección inmediata de las garantías constitucionales fundamentales que no tengan otro medio de resguardo, en la forma y casos previstos en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2951 de 1991”.¹⁰

Bajo ese entendido, la acción de tutela no puede ser utilizada como un mecanismo judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la Ley para la defensa de los derechos, toda vez que con ella no se pretende suplantar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer las acciones y recursos judiciales dispuestos dentro de estos procesos para controvertir las decisiones que se profieran¹¹.

Empero, cabe mencionar que, con relación con tales medios de defensa judiciales, el artículo 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991 señala que su existencia “será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Es decir, que el juez constitucional debe evaluar, en cada caso particular, si el otro mecanismo de defensa judicial existente podría llegar a brindar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado, o si, por el contrario, se trata de una vía formal cuyos objetivos y resultados finales, dada la prolongación del proceso, resultan tardíos para garantizar la idoneidad de la protección judicial y la intangibilidad de los derechos

afectados¹².

Sobre el particular, en la Sentencia T-03 de 1992 esta Corporación expuso:

“A este respecto debe expresar la Corte, como criterio indispensable para el análisis, que únicamente son aceptables como medio de defensa judicial, para los fines de excluir la acción de tutela, aquellos que resulten aptos para hacer efectivo el derecho, es decir, que no tienen tal carácter los mecanismos que carezcan de conducencia y eficacia jurídica para la real garantía del derecho conculcado”.

De otro lado y sin perjuicio de lo anterior, el citado decreto¹³ señala que en los casos en los que el mecanismo de defensa no sea eficaz para proteger el derecho amenazado o vulnerado, la tutela puede ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe ser acreditado por el accionante y verificado por el juez de tutela, conforme a los siguientes requisitos exigidos:

“La acción de tutela, como se señaló, también puede ser interpuesta como mecanismo transitorio aun ante la existencia de otro medio de defensa judicial¹⁴[14], siempre y cuando su finalidad no sea otra que la de evitar un perjuicio irremediable, el cual se estructura a partir de la existencia concurrente de ciertos elementos, a saber: la inminencia, el cual se relaciona con la exigencia de medidas inmediatas; la urgencia que tiene la persona por salir del perjuicio inminente; y, la gravedad de los hechos que hace impostergable la tutela como un mecanismo indispensable para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales¹⁵[15].¹⁶

Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido que “[e]l perjuicio irremediable consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño. La gravedad de los hechos debe ser de tal magnitud que haga impostergable la tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos; además, debe resultar urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en que se encuentra.”¹⁷[16]”¹⁸

De manera que, atendiendo el mencionado carácter subsidiario de la acción de tutela, es posible concluir, en primer término, que el interesado, antes de acudir al amparo constitucional, tiene la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a activar los medios

ordinarios de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Bajo ese supuesto, se pone de relieve, que el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos ordinarios; entendiendo, por demás, que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia del mecanismo de amparo constitucional.

En segundo lugar, que para que el medio judicial existente pueda ser considerado como el procedente en vez de la tutela, debe ser idóneo, eficaz y suficiente, es decir, es indispensable que proporcione “el mismo grado de protección que se obtendría mediante el empleo [de] la acción de tutela, es decir, que sean tan sencillos, rápidos y efectivos como ésta para lograr la protección de los derechos fundamentales lesionados o amenazados”.¹⁹ De no ser así, se atentaría contra la eficacia de la administración de justicia y pondría en grave riesgo los postulados del Estado Social de Derecho, haciendo inoperantes no pocas garantías constitucionales²⁰.

Por último, que aún existiendo un medio de defensa judicial, si se demuestra que el mismo no es eficaz para obtener la protección del derecho, el actor podrá solicitar la tutela como mecanismo transitorio para conjurar la consumación de un perjuicio irremediable.

5. Existencia de un medio de defensa judicial idóneo y eficaz

5.1. Como quedó previamente establecido, la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, es decir, sólo procede cuando el interesado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice para evitar un perjuicio irremediable. Del mismo modo, se señaló que es deber del juez constitucional analizar en cada caso si dicho mecanismo de defensa judicial es idóneo y eficaz para garantizar la protección inmediata que exige el derecho amenazado o vulnerado.

Así, para las controversias relacionadas con la custodia y cuidado personal de menores existe un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz, ante los jueces de familia.

En efecto, el ordenamiento jurídico prevé una vía judicial idónea, eficaz y expedita ante los mencionados jueces para dirimir los conflictos relativos a la custodia, fijación de alimentos y regulación de visitas de los menores, y para revisar las decisiones administrativas proferidas por los Defensores y los Comisarios de Familia sobre estos mismos aspectos.

Precisamente, frente al particular, el Código de la Infancia y la Adolescencia en el artículo 119, señala las competencias del juez de familia y lo faculta para revisar las decisiones administrativas adoptadas por los comisarios de familia en ejercicio de sus funciones y establece plazos perentorios para tramitar dichos asuntos. A su vez, el artículo 121 autoriza a la mencionada autoridad judicial, para que, al iniciar el respectivo proceso, adopte las medidas de urgencia que se requieran para proteger a los menores, según las circunstancias del caso. Las mencionadas normas disponen lo siguiente:

“Artículo 119. COMPETENCIA DEL JUEZ DE FAMILIA EN UNICA INSTANCIA. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia:

(...)

2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley.

(...)

PARÁGRAFO. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta.

(...)

Artículo 121. INICIACIÓN DEL PROCESO Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS URGENTES. Los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio.

Por consiguiente, de acuerdo con las normas transcritas, corresponde al Juez de Familia conocer de todas las decisiones administrativas proferidas por el Comisario de Familia en consonancia con el artículo 86 de la ley 1098 de 200621. Dicha revisión, deberá efectuarse

en un trámite de 'única instancia' por tal autoridad judicial, quien deberá dar prelación el asunto puesto a su conocimiento y decidirlo dentro de un plazo improrrogable de dos (2) meses.

De la misma forma, al momento de iniciarse este trámite, el juez de familia deberá adoptar las medidas de urgencia necesarias para salvaguardar los derechos de los niños, si la situación lo amerita.

Aunado a lo anterior, por disposición del artículo 435, numeral 5 del Código de Procedimiento Civil, "las controversias que se susciten entre padres, o cónyuges, o entre aquéllos y sus hijos menores, respecto al ejercicio de la patria potestad; (...)" se tramitarán en única instancia a través de un proceso verbal sumario.

Conforme a lo expuesto, es posible afirmar que el ordenamiento jurídico colombiano contempla un procedimiento eficaz y urgente para la protección de los derechos fundamentales que puedan resultar amenazados como consecuencia de las decisiones adoptadas por los defensores o comisarios de familia. Mas aún, conviene destacar que los plazos fijados por la Ley 1098 de 2006 para que el Juez de Familia actúe en estos casos, son más breves que el término contemplado para la acción de tutela, toda vez que "estos procesos de familia son de única instancia e indefectiblemente deben resolverse en dos meses, mientras que el amparo definitivo a través de la acción de tutela puede tardar hasta más de cinco meses²²." ²³

Sobre esa base, la acción de tutela, en principio, no sería procedente teniendo en cuenta el presupuesto de subsidiariedad ya mencionado. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que en casos excepcionales, la acción constitucional resultaría el medio adecuado para concluir la custodia de un menor cuando éste se encuentre en una situación de riesgo o peligro físico o psicológico, es decir, cuando se advierta un perjuicio serio e inminente que afecte sus derechos fundamentales.²⁴

Así las cosas, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es necesario analizar si en el asunto que ahora es objeto de revisión, la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para dirimir la controversia surgida. En caso afirmativo, debe la Sala establecer si ellos son materialmente idóneos para garantizar la protección de sus derechos; de no serlo, la acción de tutela será el camino procesal adecuado.

6. Presentación del caso concreto

6.1. En esta oportunidad, la accionante Blanca Yaneth Camacho González pretende atacar la decisión tomada por la Comisaría de Familia de Socha dentro de la audiencia celebrada el 2 de marzo de 2010, con la finalidad de otorgar la custodia y cuidado de las menores, fruto de su unión con el señor Omar Rincón Gallo.

En dicha audiencia, la Comisaria de Familia, ante la falta de un acuerdo entre las partes, señaló que la custodia sería compartida por ambos padres pero dispuso que el cuidado de las niñas Lauri Daniela y Anyela Mariana correspondía al señor Rincón y el de la más pequeña, Anilis Manuela, quedaría a cargo de la madre.

En criterio de la actora, la anterior decisión adoptada por la Comisaria de Familia se basó en un concepto psicológico que no fue allegado al expediente ni puesto en conocimiento de las partes para que pudieran ejercer el derecho de contradicción. Igualmente, consideró que la citada autoridad administrativa al tomar la medida atacada, desconoció el antecedente de violencia y agresividad del señor Omar Germán Rincón y el mismo ha sido aplicado en su contra sin razón alguna.

Concretamente, solicita que el juez constitucional deje sin efecto la decisión de la Comisaria de Familia y se ordene la restitución de la custodia y protección en cabeza de su madre, mientras acude a la vía judicial.

6.2. Al dar respuesta, la Comisaría de Familia accionada resaltó que la custodia de las niñas es compartida provisionalmente por ambos padres, toda vez que la pareja y especialmente la madre, no han cumplido sus obligaciones y deberes con las menores, exponiéndolas a vejámenes, inmoralidad, inestabilidad emocional y otros males.

Expuso, además, que el concepto psicológico de la profesional Leidy Vergara explica ampliamente la problemática detectada en cada uno de los miembros de la familia y las repercusiones notorias en las menores de edad. Por lo tanto, en aras de garantizar la salud mental, física y moral de las menores, dispuso como se consigna en el acta objeto de discusión, que las niñas con más edad quedaran al cuidado del padre y la de menos edad bajo la custodia de la madre. Igualmente, ordenó visitas periódicas al lugar donde residen con el padre, y, de acuerdo con la inspección realizada el 11 de marzo de 2010 se comprobó

que en el hogar paterno no existen brotes de violencia y se evidenció unión familiar y un ambiente sano para las niñas.

Finalmente, consideró que la acción era improcedente, pues actualmente se encuentra vigente el proceso ante la Comisaría. Por tal razón, a su juicio, la accionante “ha acudido al aparato judicial y administrativo del estado para que se adopten los procedimientos correspondientes tal como aparece en el expediente 2010.02 que llevo en mi despacho.”

6.3. Por su parte, el señor Omar Germán Rincón Gallo, al contestar la demanda, manifestó que durante los últimos cuatro años, ha sido notoria la falta de compromiso de la señora Blanca Yaneth Camacho no solo como madre sino también como esposa, lo que ha generado un hogar que no proporciona estabilidad emocional, física y moral a sus hijas.

7. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio

Teniendo en cuenta lo expuesto en la parte considerativa, la competencia para evaluar la situación fáctica de las menores y definir cuál es la medida que les proporcionará a éstas el mayor bienestar y satisfacción de sus intereses, corresponde a los defensores o comisarios de familia o, en su defecto, al juez de familia, dentro de los límites fijados por los Códigos de la Infancia y la Adolescencia y Procedimiento Civil.

Sin embargo, en el presente caso y en relación con la decisión de fijación del cuidado personal de las menores Lauri Daniela y Anyela Mariana Rincón Camacho a cargo del señor Omar Rincón, adoptada por la Comisaria de Familia de Socha a falta de acuerdo de los padres en la conciliación realizada el día 2 de marzo de 2010, aunque la accionante cuenta con un mecanismo para lograr la protección de los derechos fundamentales de las menores ante el Juez de Familia, de las pruebas recaudadas en sede de revisión se advierte que con la decisión atacada las niñas quedarían expuestas a una situación de riesgo psicológico o físico.

En efecto, en la evaluación psicológica realizada por la defensora de familia de Duitama se indicó lo siguiente:

“Situación encontrada:

Padres separados por violencia intrafamiliar hace un año, con sentencia de divorcio hace

quince (15) días de acuerdo a lo referido por OMAR GERMÁN RINCÓN GALLO. Las niñas LAURI DANIELA y ANYELA MARIANA RINCÓN CAMACHO se encuentran bajo la custodia y cuidado personal de la madre, señora BLANCA YANETH CAMACHO GONZALEZ al igual que la niña menor MANUELA RINCÓN CAMACHO de dos (2) años de edad.

LAURI DANIELA y ANYELA MARIANA RINCÓN CAMACHO se observan alegres, tranquilas, activas, expresivas, espontáneas, lenguaje fluido, responden a la conversación, miran a los ojos al interlocutor, manejo adecuado de hábitos, normas y límites, vinculación afectiva fuerte hacia los dos padres, desempeño académico adecuado, habilidades sociales avanzadas, en general desarrollo adecuado para la edad.

BLANCA YANETH CAMACHO GONZALEZ se observa afectada emocionalmente por la situación de violencia vivenciada y a la cual sigue expuesta teniendo en cuenta que OMAR GERMÁN RINCÓN GALLO se mantiene en la acción de desdibujar la imagen de ella socialmente y con las niñas, sin embargo está rodeada de varias redes de apoyo como son la familiar, social y espiritual que le permiten fortalecerse y potencializar la responsabilidad para desempeñar asertivamente su rol como madre y abriéndose espacios laborales que le permitan la consecución de ingresos económicos para la manutención de sus hijas.

En OMAR GERMÁN RINCÓN GALLO se encuentra la presencia de conductas como inmadurez, dependencia afectiva, emocionalmente inestable, impaciente, impulsivo, agresivo, manipulación, presencia de mentiras, victimización, relatos no coherentes, no asume la responsabilidad de sus actos, le concede elevado valor a lo material, refiere haber sido remitido a psiquiatría por la EPS Saludcoop para manejo de depresión.

Concepto:

BLANCA YANETH CAMACHO GONZÁLEZ como mamá ha sido garante de los derechos de las niñas LAURI DANIELA y ANYELA MARIANA RINCÓN CAMACHO y asume de manera responsable su rol materno lo cual permite establecer que proporcionaría un adecuado y sano cuidado y atención a las niñas.

Se sugiere:

Atención psicoterapéutica para el grupo familiar con el objeto de potencializar la relación

entre los diferentes miembros de la familia, trabajar manejo de duelo, asertividad, comunicación, resolución de conflictos y pautas de crianza. De esta manera garantizar el desarrollo armónico de las niñas.”

Teniendo en cuenta el informe anterior, resulta evidente la inestabilidad que padece el señor Omar Germán Rincón Gallo, padre de las menores, situación que, tal como lo expone la funcionaria, no permitiría que éste proporcionara un adecuado cuidado a sus hijas.

Aunado a lo anterior, el equipo interdisciplinario de la Defensoría de Familia de Duitama, encontró que el padre de las menores en la actualidad vulnera los derechos fundamentales de las niñas a recibir “alimentos, a la protección, al desarrollo integral de la primera infancia y a la calidad de vida” toda vez que no realiza los aportes de manera constante, las ha abandonado en el campo psicoafectivo y someterlas a presenciar violencia intrafamiliar.

Por el contrario, observa esta Sala que las funcionarias encargadas del estudio psicológico²⁵ coinciden en indicar que la señora Blanca Yaneth Camacho ha asumido de manera responsable su rol de madre y ha contribuido al desarrollo integral de las niñas, concluyendo que es ella la persona que ofrece mayor estabilidad y bienestar a las niñas, razón por la que recomiendan que sigan bajo su custodia y cuidado.

De otro lado, para esta Sala la medida de protección adoptada por la Comisaría de Familia de Socha en ejercicio de sus facultades legales, no estuvo respaldada por un estudio sólido y completo sobre la situación de las menores y de sus padres, para determinar cuál de ellos proporcionaba mayor bienestar y estabilidad a sus hijas. Es más, observa la Sala que la recomendación de dejar al cuidado del señor Omar Rincón a las niñas Lauri Daniela y Anyela Mariana, contenida en el informe psicológico²⁶ que sirvió de soporte a la decisión cuestionada, se basó exclusivamente en una entrevista realizada el mismo día de la audiencia, es decir el 2 de marzo de 2010, a las menores por la psicóloga encargada para el efecto. En ella, se les pregunta con cuál de sus padres quieren estar y atendiendo la respuesta brindada por las entrevistadas, la funcionaria sugiere que queden bajo el cuidado de su padre, sin hacer estudio alguno sobre las condiciones personales, psicológicas, económicas y sociales de los padres.

De manera que los anteriores elementos de juicio, permiten a este juez constitucional, a pesar de la existencia del mecanismo judicial de defensa ya señalado, conceder la tutela

como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable que afecte los derechos fundamentales de las menores involucradas en la presente acción.

Bajo ese entendido, en el presente caso se concederá de manera transitoria el amparo de los derechos fundamentales de las menores a un ambiente sano, a tener una familia y no ser separadas de ellas, toda vez que la orden de la Comisaría de Familia en el sentido de dejar al cuidado del padre a las niñas, puede exponerlas a una situación de riesgo o peligro físico o psicológico, afectando su estabilidad familiar y bienestar.

Sin perjuicio de lo anterior, se instará a la Defensoría de Familia de Duitama a extremar la vigilancia del presente caso, en relación con la atención y cuidado recibidos por las niñas Lauri Daniela, Anyela Mariana y Anilis Manuela Rincón Camacho por parte de sus padres, especialmente de la señora Blanca Yaneth Camacho quien las tiene bajo su cuidado. Igualmente, teniendo en cuenta que los señores Omar Germán Rincón Gallo y Blanca Yaneth Camacho González se encuentran afectados emocionalmente como consecuencia de los episodios de violencia existentes en su relación, se ordenará a esta entidad que acuda, en representación de las niñas Lauri Daniela, Anyela Mariana y Anilis Manuela Rincón Camacho, en el menor tiempo posible, ante el juez de familia competente para que, mediante los procedimientos especiales contemplados en la Ley 1098 de 2006 y el Código de Procedimiento Civil y luego de un examen de las circunstancias personales, familiares y económicas de ambos padres y dentro de un término perentorio, adopte una solución definitiva sobre la custodia y cuidado de las menores.

Por consiguiente, si bien acertaron los jueces de instancia al conceder la tutela de los derechos solicitados por la señora Blanca Camacho en representación de sus menores hijas, el amparo habrá de concederse de manera transitoria y no definitiva.

De acuerdo con los argumentos expuestos, la Sala procederá a modificar la sentencia proferida por el juez de segunda instancia en cuanto, confirmó la decisión que concedió el amparo de manera definitiva de los derechos invocados por la accionante y en su lugar, concederá de manera transitoria la protección de los derechos “a un ambiente sano y calidad de vida en condiciones de dignidad, el derecho a la libertad y seguridad personal, el derecho a tener una familia y a no ser separadas de ella, el derecho de custodia y cuidado personal

por parte de su progenitora, entre otros” de las menores Lauri Daniela y Anyela Mariana Rincón Camacho.

V. DECISIÓN

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

PRIMERO: MODIFICAR por las razones expuestas en las consideraciones de la presente sentencia, la decisión proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Socha, el veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010) que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Socha, el diecinueve (19) de abril de dos mil diez (2010), en la cual se concedió de manera definitiva el amparo de los derechos “a un ambiente sano y calidad de vida en condiciones de dignidad, el derecho a la libertad y seguridad personal, el derecho a tener una familia y a no ser separadas de ella, el derecho de custodia y cuidado personal por parte de su progenitora, entre otros” de las menores Lauri Daniela y Anyela Mariana Rincón Camacho, y en su lugar, CONCEDER de manera transitoria el amparo de los mencionados derechos.

SEGUNDO: INSTAR a la Defensoría de Familia de Duitama a extremar la vigilancia del presente caso, en relación con la atención y cuidado recibidos por las niñas Lauri Daniela, Anyela Mariana y Anilis Manuela Rincón Camacho por parte de sus padres, especialmente de la señora Blanca Yaneth Camacho quien las tiene bajo su cuidado

TERCERO: ORDENAR a la Defensoría de Familia de Duitama acudir en representación de las niñas Lauri Daniela, Anyela Mariana y Anilis Manuela Rincón Camacho, en el menor tiempo posible, ante el juez de familia competente para que, mediante los procedimientos especiales contemplados en la Ley 1098 de 2006 y el Código de Procedimiento Civil y luego de un examen de las circunstancias personales, familiares y económicas de ambos padres y dentro de un término perentorio, adopte una solución definitiva sobre la custodia y cuidado de las menores

CUARTO: Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a la que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Ver a folios 7 a 9 del expediente, copia de los registros civiles de nacimiento de las menores.

2 Ver Sentencia T-735 de 2009.

3 Cabe recordar que el Constituyente incorporó expresamente al ordenamiento interno los mandatos que protegen la infancia y que están contenidos en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Adicionalmente, el artículo 93 de la Constitución señala que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”

4 Sentencia T-735 de 2009.

5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y aprobados por Colombia mediante la Ley 74 de 1968; Convención Americana de Derechos Humanos suscrita en San José de Costa Rica y aprobada mediante Ley 16 de 1972.

6 Sobre este tema pueden citarse, entre muchas otras, las sentencias T-514 de 1998 (M.P. José Gregorio Hernández, T-979 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y la T-510 de 2003 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa)

7 Sentencia C-796 de 2004. (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

8 Cfr. Sentencia C-019 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

9 Cfr. Sentencia T-029 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

10 Sentencia T-510 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

11 Sobre el particular, consultar, entre otras, las Sentencias SU-037 del 28 de enero de 2009, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-280 del 20 de abril de 2009 y T-565 del 6 de agosto de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

12 Ver entre otras sentencias, la T-03/92, T-057/99, T-815/00, T-021/05.

13 Artículo 6 numeral 1.

14 El artículo 8° del Decreto 2591 de 1991, consagra la tutela como mecanismo transitorio, en los siguientes términos “[A]ún cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. 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. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela. Si no se instaura cesarán los efectos de éste. Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

15 Cfr. T-225/93, T-789/00, SU544/01, SU1070/03.

16 T- 613 de 2005

17 SU1070/03

18 T-373 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño

19 Sentencia T-021 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

20 Sentencia T-514 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 ARTÍCULO 86. FUNCIONES DEL COMISARIO DE FAMILIA. Corresponde al comisario de familia:

1. Garantizar, proteger, restablecer y reparar los derechos de los miembros de la familia conculcados por situaciones de violencia intrafamiliar.
2. Atender y orientar a los niños, las niñas y los adolescentes y demás miembros del grupo familiar en el ejercicio y restablecimiento de sus derechos.
4. Recibir denuncias y tomar las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar
5. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia intrafamiliar.
6. <Numeral CONDICIONALMENTE exequible> Practicar rescates para conjurar las situaciones de peligro en que pueda encontrarse un niño, niña o adolescente, cuando la urgencia del caso lo demande.
7. Desarrollar programas de prevención en materia de violencia intrafamiliar y delitos sexuales.
8. Adoptar las medidas de restablecimiento de derechos en los casos de maltrato infantil y denunciar el delito.
9. Aplicar las medidas policivas que correspondan en casos de conflictos familiares, conforme

a las atribuciones que les confieran los Concejos Municipales. (Subraya fuera de texto).

22 “Conforme al Decreto 2591 de 1991, existe un término de 3 días para la corrección de la solicitud (art. 17), 3 días para que el órgano o la autoridad rinda informes o envíe la documentación requerida (art. 19), 3 días para la rendición de información adicional (art. 21), 10 días para el pronunciamiento en primera instancia (art. 29), 3 días para impugnar el fallo (art. 31), 2 días para enviarlo al superior (art. 32), 20 días para el pronunciamiento en segunda instancia (art. 32), 10 días para el envío a la Corte Constitucional para la eventual revisión (art. 32), 30 días para la selección para eventual revisión (art. 33), 3 meses para decisión en revisión (art. 33).”

23 Sentencia T-514 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

24 Ver Sentencias T-1275 de 2008 y T-735 de 2009.

25 El concepto fue rendido por las siguientes funcionarias: defensora de familia, la trabajadora social y la sicóloga del Bienestar Familiar, Regional Boyacá, Zonal Duitama.

26 Visible a folios 36 a 38 del cuaderno principal.