



Sentencia T-182/96

DERECHOS DEL NIÑO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Protección/DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD-Limitación impuesta a menor por padre

El menor tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el goce efectivo de este derecho. Es deber primordial de los padres garantizar al hijo su desarrollo armónico y el goce efectivo de sus derechos. Sin embargo cualquier limitación que impongan los padres al derecho del niño al desarrollo de su personalidad debe estar acorde y tener en cuenta la prevalencia de los derechos del niño. Las limitaciones en este aspecto sólo deben buscar garantizar de manera más efectiva el desarrollo integral del menor. Por su parte como a la sociedad y al Estado también les corresponde la protección de los derechos de los niños, las limitaciones que impongan deben siempre encaminarse a garantizarle al menor el goce pleno de sus derechos.

DERECHO A LA IDENTIDAD DEL NIÑO-Naturaleza

El derecho del menor al libre desarrollo de la personalidad se relaciona directamente con el derecho de este a la identidad. La protección de la familia, de la sociedad y del Estado al menor, debe estar dirigida a garantizarle el encuentro natural con su entorno, la interacción con él y con quienes hacen parte de él, para que el menor crezca dueño de sí mismo, en contacto con las posibilidades tanto afectivas como materiales y espirituales que lo rodean.

FAMILIA-Relaciones entre sus miembros

La familia como institución básica de la sociedad, se fundamenta en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Los derechos de los padres deben estar encaminados a garantizar el desarrollo armónico de la familia en especial el de los menores que hagan parte de esta y en ningún momento entorpecer las relaciones entre sus miembros.

NUCLEO FAMILIAR-Convivencia entre sus integrantes/FAMILIA-Contacto del menor con sus integrantes/DERECHOS DEL NIÑO-Separación del hermano

En virtud del principio de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, la sociedad y el Estado deben estar pendientes de que al niño se le garanticen en su familia sus derechos y que esta cumpla con sus deberes como institución básica de la sociedad. Cuando por razones ajenas a la voluntad e intereses del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo un hermano, se le está violando al niño su derecho a tener una familia y a no ser separado de ésta. El niño necesita para



su crecimiento armónico del afecto de sus familiares, impedirselo o negárselo entorpece su crecimiento y puede llevarlo a carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral. Respetar las emociones y afectos de los niños es respetar su dignidad y es abrirles paso a que sean ellos mismos quienes las respeten y respeten a los demás.

UNIDAD FAMILIAR-Contacto del menor con sus parientes

La unidad familiar debe mantenerse como garantía para el desarrollo integral del menor aún y a pesar de la ruptura de las relaciones entre los padres. Un menor necesita para su crecimiento integral, estar rodeado de afecto, cuidado y amor; expresiones estas que le deben ser brindadas por su familia. Mantenerse cerca de sus hermanos, tener contacto con sus primos, realizar actividades recreativas con estos, recibir el afecto de sus abuelos y tíos; ayudan a que el niño se sienta y se encuentre en un ambiente familiar adecuado. La convivencia y el acercamiento entre familiares, entre estos y el menor o entre menores, debe reflejar una verdadera aproximación que implique compenetración y entendimiento. No puede disfrazarse como convivencia una reunión de personas en donde no se respire un ambiente de cordialidad y en donde no se le enseñe al menor a respetar y a aceptar al otro en toda su dimensión humana.

REGLAMENTACION DE VISITAS-Conflictos familiares/PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO-Contacto con los familiares

La reglamentación de visitas permite al niño conservar el afecto de sus familiares y a éstos seguir influyendo en el proceso de desarrollo integral del niño. Cuando las desaveniencias no son únicamente entre los padres del menor, sino que su radio abarca a los demás miembros de la familia, se torna relevante el derecho de visitas respecto de los demás familiares a quienes el que ostenta la custodia, les impide el acercamiento y la convivencia con el menor. Todo mecanismo tendiente a lograr dicho acercamiento no es suficiente si no logra crear un ambiente de entendimiento y cercanía no necesariamente física sino espiritual. El compromiso debe ser real y el ambiente que rodea al niño debe ser de armonía. Los padres y parientes deben abstenerse de indisponer a los menores entre ellos y contra su familia. La prevalencia de los derechos de los niños exige que la conducta de los padres y demás familiares del menor, esté efectivamente dirigida a proteger al niño y a garantizarle o facilitarle el espacio de convivencia.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia de preferencia para guarda del menor/ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES-Guarda de menor

Respecto a la tutela iniciada a nombre propio por los abuelos maternos de la menor contra los abuelos paternos no existe indefensión o subordinación de los unos respecto de los otros. Luego, la petición de que se prefiera para la guarda de la menor, a los abuelos maternos, no es algo que se pueda definir



mediante tutela, menos aún cuando los abuelos paternos obtuvieron, por decisión del Juez de Familia, una custodia provisional de la menor. Muy distinto es el caso cuando esos mismos abuelos maternos ya no hablan a nombre propio sino a nombre de su nieta y enfocan la tutela en el sentido de que no puede haber comportamiento que impida el acercamiento de la menor a su pequeño hermano y a todos sus familiares.

DERECHOS DEL NIÑO-Protección por fallecimiento de madre

La pérdida de un ser querido para un menor y sobre todo la de uno de sus padres, es un momento difícil. Hay una ausencia, un vacío cuyas dimensiones el menor probablemente no alcanza a comprender, pero que sí siente. Por esta razón la atención debe centrarse en el menor, éste debe ser rodeado de afecto, cuidado y amor. La familia debe proteger al menor puesto que su felicidad y tranquilidad y su desarrollo integral y armónico están en juego. Cualquier intento de entorpecer este proceso o cualquier acción u omisión efectiva que impidan al niño sentirse tranquilo y cuidado, va en detrimento de su libre desarrollo de la personalidad. Si sobreviene una circunstancia que cambia el ambiente que lo rodea como lo es la muerte de su madre, los familiares del menor deben procurar que éste viva el proceso que ello implica, sin empeorárselo ni hacérselo más difícil por las desaveniencias presentes entre ellos. El menor tiene derecho al afecto de sus familiares y debe seguir gozando de él.

UNIDAD FAMILIAR-Acercamiento de hermanos menores

Tanto los abuelos paternos como el padre de la menor obstaculizan el trato de ésta con su hermano y con sus otros abuelos. Impidiéndoles a estos últimos y a su nieto, hermano de la menor, visitarla o hablar con ella por teléfono. Esta situación afecta a los menores quienes siendo hermanos, no pueden gozar del amor ni del afecto que se tienen puesto que sus familiares se lo impiden. Los familiares deben procurar y garantizar el encuentro entre éstos. No se trata solamente de no impedirles verse o hablarse sino de crear un ambiente propicio para ellos en donde se les haga sentir la importancia del contacto y efectivamente acercarlos si es necesario.

REGLAMENTACION DE VISITAS-Acercamiento del menor con abuelos maternos/ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Visitas provisionales al menor

La menor también tiene derecho a recibir el afecto de sus familiares, especialmente cuando dichos familiares han sido partícipes de su crecimiento y han demostrado interés por su bienestar. Los abuelos maternos de la menor deben aproximarse a ella. Es un derecho de la niña que le garantiza una unidad familiar, necesaria para su desarrollo integral. Todos los familiares de los menores deben garantizarles la convivencia entre ellos y propiciar un ambiente de acercamiento entre la menor y sus familiares. El mecanismo de las visitas es una posibilidad de aproximación pero sólo resulta adecuado si va acompañado de un compromiso de parte y parte en donde prime la



voluntad del menor y en donde no haya descrédito de la imagen de sus familiares. El niño tiene derecho a que se le preste solidaridad. Por esta razón en cuanto al derecho de la niña a tener contacto con sus abuelos maternos, la forma operativa es la de la visitas que pueden ser ordenadas como mecanismo transitorio.

Referencia: Expediente T-83594

Procedencia: Juzgado 17 de Familia de Santafé de Bogotá

Accionante: M.M y otro

- Núcleo familiar, la convivencia entre quienes lo integran.
- Derecho de los hermanos a que no se rompa la comunicación entre ellos.
- Solidaridad en la protección del menor.
- Prevalencia de los derechos del niño.

Magistrado Ponente:

Dr. ALEJANDRO MARTINEZ
CABALLERO

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de mil novecientos noventa y seis (1996).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la acción de tutela instaurada por M.M y S.S, en su propio nombre y en representación de su nieta A.A; tutela que también firma y en la cual aparece como solicitante el menor F.F, hermano (por parte de madre) de A.A. Ellos instauran la acción contra los abuelos paternos de A.A, P.P y D.D.

1. ANTECEDENTES

1.1. Los hechos como los plantea la solicitud de tutela

Según el texto que contiene la petición, H.H convivía con C.C y ellos procrearon a la menor A.A, quien en la actualidad cuenta con 4 años de edad.

H.H era hija de los accionantes en esta tutela: M.M y S.S. H.H falleció por acción homicida, el día 4 de abril de 1995, se responsabiliza del hecho a su compañero C.C, padre de la niña A.A.

Dice la solicitud que antes del homicidio, la mencionada menor en muchas oportunidades permanecía donde sus abuelos maternos y eran ellos quienes la cuidaban, le brindaban la atención que requería para su desarrollo integral físico y moral, al igual que lo hacían con su medio hermano F.F. Con ello la pequeña creó un afecto especial hacia sus abuelos maternos y hacia su hermano por parte de madre. Cuando falleció la madre de la menor, el padre la retiró de la casa de los abuelos maternos y se la llevó sin que le permitiera a la niña hablar por teléfono con sus abuelos y hermano. Posteriormente C.C al ser detenido, dejó la niña en la casa de sus padres, es decir de los abuelos paternos quienes tampoco permitieron el contacto y comunicación de A.A con su hermano F.F. ni con sus abuelos maternos. Por ello, los accionantes sufren inmenso dolor y aflicción, que seguramente también padece la niña por la separación intempestiva. Se aclara por el peticionario que esta acción de tutela se encaminó a evitar un daño irreparable tanto para la menor como para sus abuelos que sienten mucho dolor con la ausencia de A.A por lo que se pidió tutelar los derechos fundamentales constitucionales tanto de ella como de sus abuelos maternos y el hermano.

1.2. Información que arroja el expediente:

1.2.1. El padre de la menor: C.C, fue sindicado por la Fiscalía como presunto autor de la muerte de su compañera H.H ; el 1º de agosto de 1995 se profirió medida de aseguramiento, confirmada en segunda instancia. El 17 de noviembre se le otorgó libertad provisional. Vive actualmente en el “Conjunto Residencial Metrópolis”, de esta ciudad, y los abuelos paternos dicen que allí se encuentra la menor.

1.2.2. Hubo reticencia de los abuelos paternos para facilitar que la menor diera su versión a esta Sala de Revisión, inclusive reclaman que no se ocupe a la justicia por el caso de la niña; no obstante fueron ellos mismos quienes instauraron en el Juzgado 21 de Familia de Santafé de Bogotá, contra su hijo C.C, un juicio de tenencia provisional de su nieta, tenencia provisional que les fue otorgada en el auto admisorio y para el tiempo durante el cual C.C permaneciera en detención. Es decir, formalmente los abuelos paternos tuvieron la tenencia provisional de la menor.

1.2.3. Por otra parte, los abuelos maternos, instauraron dos veces en los juzgados 1° y 19 de familia, acción contra los abuelos paternos pidiendo lo mismo: la custodia de la menor. Desistieron de uno de esos procesos, cursa el otro en el Juzgado 19 de Familia de Santafé de Bogotá. Pero no informaron al juez constitucional sobre el desistimiento pese a que habían instaurado la tutela como mecanismo transitorio del juicio en el cual desistieron.

1.2.4. También se aprecia que en los juzgados de familia la controversia se ha centrado en la guarda de la menor por el enfrentamiento existente entre la familia paterna y la familia materna; ésto ha repercutido en los dos niños, quienes en medio del conflicto se han visto afectados. El hermano ha requerido de tratamiento psicológico, y para la niña éste ha sido recomendado. Prácticamente ha desaparecido la convivencia y el trato entre los dos hermanitos. Es más, el Juez 19 de familia propició una conciliación, pero, el padre de la menor expresó que no concilia sobre la visita a la menor por parte de sus abuelos maternos. Por su parte, cuando por los abogados se anuncia que podrá haber un acuerdo, ni el padre de la menor ni los abuelos paternos acuden a la audiencia.

1.2.5. Las declaraciones que obran en el expediente señalan que eran los abuelos maternos quienes estaban más cerca a la menor cuando la madre de ésta vivía. Y, se repite, dichos abuelos tienen en su hogar otro hijo de 11 años de la madre de la menor: F.F quien también firma la solicitud de tutela porque se le impide el acercamiento a su hermana A.A.

1.2.6. En la solicitud se escribió por el abogado de los abuelos maternos algo que vale la pena transcribir:

"El aspecto positivo de este derecho fundamental, sería el permitir tanto a los abuelos maternos como al hermano y a la menor A.A, poder continuar disfrutando de esa relación amorosa que compartían en vida de su madre e hija, y el aspecto negativo en la no realización de actos o intromisiones en la vida de los titulares de estos derechos, que es cada una de las personas a que hacemos referencia por parte de quienes hoy tienen la niña y no permiten acceder a ella como si se tratase de UN OBJETO O COSA.

Es claro que la presente acción va encaminada a evitar un daño irreparable ante todo para la menor A.A, que sin lugar a dudas sufre un dolor inmenso, no solo por la ausencia definitiva de su madre, sino de sus abuelos maternos que prácticamente la criaron y de su hermano con quien en igualdad de circunstancias se ha desarrollado."

Dice la solicitud que se violaron los artículos 11, 5, 1°, 16 y 44 de la Constitución Política pero sólo se pide en la tutela que se le entregue la menor a los abuelos maternos y nada se solicita para los dos niños.

1.2. Sentencia de primera instancia, 7 de septiembre de 1995.

El Juzgado 17 de Familia, negó "por improcedente la tutela invocada", con estos argumentos:

"Se trata simplemente de una rencilla o situación proveniente de la muerte o fallecimiento de la madre de la menor, que indispuso a las dos familias de la niña por las líneas materna y paterna, cuestión que para debatir y definir tiene señalado un procedimiento encajado en el régimen procesal civil..."

"No se debe dejar de anotar, que la tutela se provoca por particulares y se señala como accionados también a particulares, sin que se pueda colegir que unos y otros estén en las condiciones previstas como excepción para que la acción de tutela proceda en esas circunstancias, según lo contemplado en el Art. 42 del decreto 2591 de 1991.

Es claro que como ya se dijo, la vida de la menor no corre peligro en el seno de la familia de su progenitor, ni tampoco se vislumbra un riesgo en su integridad personal.-

Con el hecho de que la menor conviva con sus abuelos paternos, no es posible que se esté violando el derecho a tener una familia, porque allí fue dejada por su padre, quien por el hecho de estar vinculado a una investigación de orden penal no puede permanecer a su lado, pero vela por sus necesidades en lo posible de su situación de retenido y lo económico, con que cuenta por los ahorros que hizo antes del acontecimiento que ocasionó su detención.- Entonces tan familia son los abuelos y demás parientes maternos como lo son los que forman la línea paterna, por lo mismo no se puede pretender tener un mejor derecho por el medio tutelar estando en igualdad de condiciones en cuanto a parentesco, sino que lo pertinente se debe debatir es en una acción del orden judicial y no constitucional."-

6. Sentencia de Segunda instancia, 11 de octubre de 1995:

La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, conoció en segunda instancia porque el apoderado de los solicitantes impugnó la decisión del a-quo. Según el Tribunal:

"Y en cuanto a la acción invocada como mecanismo transitorio, debe advertirse su improcedencia fundamentalmente por dos razones: primera, porque, como quedó dicho, la misma solo procede para proteger exclusivamente los derechos fundamentales constitucionales, según lo prevé el artículo 2° del Decreto 306 de 1992 y, en consecuencia, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal y que es lo pretendido por los accionantes a través de la presente acción, como es que se les asigne la guarda de la menor hasta tanto se decide por la justicia ordinaria lo pertinente y segunda, porque



aún aceptando la procedencia de la tutela, no se avisora por parte alguna que por estar la menor con sus abuelos paternos se le esté causando un perjuicio irremediable."

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Competencia.

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para conocer dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso segundo y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 35 y 42 del Decreto No. 2591 de 1991; además, su examen se hace por virtud de la selección que de dichas acciones practicó la Sala correspondiente, y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

2. Temas jurídicos a tratar.

La presente tutela fue interpuesta por los abuelos maternos de una menor de cuatro años contra los abuelos paternos de la misma. Es, pues, en principio una tutela entre particulares, que obliga a estudiar si quienes la interponen se encuentran en condiciones de indefensión o de subordinación respecto de las personas contra quienes se dirige la acción. Es indudable que en el presente caso no se aprecia que los abuelos maternos estén en condiciones de subordinación o indefensión respecto de los abuelos paternos.

La tutela es interpuesta también a nombre de la menor y de su hermano, por lo cual existe la presunción de indefensión por tratarse de menores de edad. La menor y su hermano han sido alejados en contra de su voluntad, situación que atenta contra los derechos de los niños a tener una familia y a no ser separados de ésta. El ambiente en el cual se encuentran los menores ha sufrido deterioro por las diferencias entre abuelos respecto a la suerte de la menor. Si el desarrollo integral de los niños está siendo alterado por esta situación, la sociedad y el Estado deben contribuir a garantizárselo. El ambiente en que crece un menor debe ser de armonía, cuidado y amor y no debe verse alterado por las diferencias entre parientes por la guarda y custodia de los menores, por esta razón se hará a continuación un análisis de los derechos fundamentales de los niños y de los particulares, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

3. Derecho del niño al libre desarrollo de su personalidad y deber de la Familia, la sociedad y el Estado de garantizárselo.

"Artículo 16. C.P. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico".

Este derecho es visto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido.¹

Por su parte el artículo 44 C.P. que consagra los derechos de los niños establece:

"La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción a los infractores".

Se desprende de estas normas que el menor tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad y que la familia, la sociedad y el Estado deben garantizar el goce efectivo de este derecho.

Es deber primordial de los padres garantizar al hijo su desarrollo armónico y el goce efectivo de sus derechos. Al respecto ha dicho la Corte: "Los progenitores tienen el deber ineludible de ofrecer a su prole un ambiente de unidad familiar que permita y favorezca el desarrollo integral y armónico de su personalidad"²

Como lo establece el artículo 16, las únicas limitaciones al libre desarrollo de la personalidad, son los derechos de los demás y el orden jurídico. Al respecto es importante tener en cuenta lo dicho por la Corte en sentencia de la Sala Segunda de Revisión: "Para que una limitación al derecho individual al libre desarrollo de la personalidad sea legítima, y, por lo mismo no arbitraria, se requiere que goce de un fundamento constitucional..."³ Sin embargo cualquier limitación que impongan los padres al derecho del niño al desarrollo de su personalidad debe estar acorde y tener en cuenta la prevalencia de los derechos del niño. En otras palabras, las limitaciones en este aspecto sólo deben buscar garantizar de manera más efectiva el desarrollo integral del menor. Por su parte como a la sociedad y al Estado también les corresponde la protección de los derechos de los niños, las limitaciones que impongan deben siempre encaminarse a garantizarle al menor el goce pleno de sus derechos.

El derecho del menor al libre desarrollo de la personalidad se relaciona directamente con el derecho de este a la identidad. La protección de la familia, de la sociedad y del Estado al menor, debe estar dirigida a garantizarle el encuentro natural con su entorno, la interacción con él y con quienes hacen parte de él, para que el menor crezca dueño de sí mismo, en contacto con las posibilidades tanto afectivas como materiales y espirituales que lo rodean.

Al respecto la Corte ha dicho:

¹ T-542/92, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

² T-523 /93 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón

³ T-542/92 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

*"Es así como el respeto al derecho de la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento "resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."*⁴⁵

La superioridad de los derechos de los niños es establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como seres humanos. Dignidad que fundamenta el derecho a la identidad y le da alcance y contenido.

4. Protección a la familia, como derecho inalienable:

La familia como institución básica de la sociedad, se fundamenta en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes.

Sostuvo la Corte:

*"Los derechos de los miembros de la familia deben ser compatibles, con los intereses generales prevalentes tanto de la institución misma como de la sociedad colombiana que reconoce en ella su núcleo fundamental."*⁶

De lo dicho se entiende que los derechos de los padres deben estar encaminados a garantizar el desarrollo armónico de la familia en especial el de los menores que hagan parte de esta y en ningún momento entorpecer las relaciones entre sus miembros.

4.1 Protección a los Derechos del Niño en las normas Internacionales

La prevalencia de los derechos de los niños, y la obligación de los padres de reconocerla, se recoge en la Declaración de los Derechos del Niño proclamado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 que estableció:

Principio 6:

⁴ T-477/95 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

⁵ Laffont Pianetta Pedro, Compilación legislativa, Doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor 1994 pag 25

⁶ T-523/92 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón

*"El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita de amor y comprensión. Siempre que sea posible deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y seguridad moral y material."*⁷

De igual manera la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño con vigor para Colombia el 27 de febrero de 1991 mediante Decreto de promulgación número 94 de 1992 consagró:

Artículo 8

- 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas."*
- 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia con miras a establecer rápidamente su identidad.*

En igual sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 y ratificado el 27 de abril de 1977 en su artículo 24 establece:

Todo Niño tiene derecho sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado(Subrayas no originales)

Además de la citada Convención de 1989 hay otros instrumentos internacionales de protección al menor los cuales son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración de los Derechos del Niño(1959); la Declaración sobre la protección a los niños y mujeres en situación de emergencia o conflicto armado(1974). Estos instrumentos internacionales conforman un bloque de constitucionalidad como lo ha reconocido esta Corporación: " La Constitución establece que la interpretación de los derechos fundamentales en ella consagrados debe hacerse con arreglo a las pertinentes disposiciones de los tratados internacionales aprobados por el Congreso y ratificados por Colombia(artículo 94 C.P), por lo cual las normas

⁷Por su parte el Código de Menor en el artículo 6 inciso 3 establece que:

"son deberes de los padres, velar porque los hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo físico, intelectual, moral y social".

La protección al menor en la ley va aún más allá. El artículo 57 del mismo Código habla de la resolución por medio de la cual se declara a un menor en situación de abandono o peligro y establece que se pueden ordenar las medidas de protección que consagra el artículo entre las que se encuentra:

"cualquiera otras cuya finalidad sea la de asegurar su cuidado personal, proveer a la atención de sus necesidades básicas o poner fin a los peligros que amenacen su salud o formación moral".
(numeral 6° ibidem)

constitucionales relativas a tales derechos no son taxativas ni su contenido protector se agota en esos mismos textos"⁸

Por lo anterior debe entenderse que la protección que dan la Constitución, los Tratados Internacionales, Declaraciones Internacionales y la ley a la familia y a las personas que forman parte de ella, se dirige preferencialmente al menor.

La Constitución ha previsto que la familia es el lugar más indicado para que al menor se le garanticen sus derechos; sin embargo el Estado debe cumplir una función supletoria, cuando los padres no existan, no puedan o no quieran proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

Por esta razón y en virtud del principio de solidaridad propio del Estado Social de Derecho, la sociedad y el Estado deben estar pendientes de que al niño se le garanticen en su familia sus derechos y que esta cumpla con sus deberes como institución básica de la sociedad. Cuando por razones ajenas a la voluntad e intereses del niño, éste es separado de su familia, o se le impide el contacto con alguno de sus miembros, como por ejemplo un hermano, se le está violando al niño su derecho a tener una familia y a no ser separado de ésta. El niño necesita para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares, impedirselo o negárselo entorpece su crecimiento y puede llevarlo a carecer de lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y desarrollo integral. Respetar las emociones y afectos de los niños es respetar su dignidad y es abrirles paso a que sean ellos mismos quienes las respeten y respeten a los demás.

5. Derecho del niño a la convivencia y acercamiento con su familia

La Carta Política del 91 consagró el amparo a la familia como institución básica de la sociedad. Por su parte estableció en el artículo 42 la obligación del Estado y de la sociedad de garantizar la protección integral de ésta.

La familia es un derecho del niño. El artículo 44 consagra el derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de esta. También establece que en el seno de la familia se deben garantizar y respetar los derechos de los niños; cuando la familia no cumpla con este deber, subsidiariamente lo adquiere la sociedad y el Estado.⁹

Dentro del derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de esta; encontramos el concepto de la unidad familiar.

La Corte ha entendido por unidad familiar:

"Unidad familiar no tiene un valor exclusivamente formal, debe hacerse el esfuerzo de investigar el interés o los intereses que están en su base: el

⁸T-106/96 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

⁹ Además de la Constitución Política, la normatividad nacional incluye sobre este tema: El Código del Menor (Decreto 2737 de 1989); el Decreto 594 de 1993; el Decreto 415 de 1994; la Ley 10 de 1990; la Ley 124 de 1994; y a nivel de Santafé de Bogotá: los Acuerdos 20 de 1990 y 31 de 1992.

*denominado interés superior de la familia y, o potenciamiento de la personalidad individual.*¹⁰

La unidad familiar debe mantenerse como garantía para el desarrollo integral del menor aún y a pesar de la ruptura de las relaciones entre los padres. La misma jurisprudencia establece que: "Es en estos momentos en que el niño necesita más apoyo psicológico y moral de su familia para evitar traumas que puedan incidir en su desarrollo personal".

Un menor necesita para su crecimiento integral, estar rodeado de afecto, cuidado y amor, expresiones estas que le deben ser brindadas por su familia. Mantenerse cerca de sus hermanos, tener contacto con sus primos, realizar actividades recreativas con estos, recibir el afecto de sus abuelos y tíos; ayudan a que el niño se sienta y se encuentre en un ambiente familiar adecuado. Es importante aclarar que la convivencia y el acercamiento entre familiares, entre estos y el menor o entre menores, debe reflejar una verdadera aproximación que implique compenetración y entendimiento. No puede disfrazarse como convivencia una reunión de personas en donde no se respire un ambiente de cordialidad y en donde no se le enseñe al menor a respetar y a aceptar al otro en toda su dimensión humana.

La Convención sobre los derechos del niño destaca la importancia de que el niño se mantenga al lado de sus padres, artículo 9º numeral 1º: "Los Estados velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".¹¹

De lo anterior debe resaltarse la importancia que se le otorga al interés superior del niño. Interés que se ha consagrado en el artículo 44 de la Constitución. Es derecho exigible del niño, el tener una familia y el no ser separado de ella. Este derecho debe ser garantizado en primer término por la familia, de ahí que cuando habla la Convención citada sobre la separación de los niños de los padres contra la voluntad de estos, en concordancia con los derechos consagrados en el artículo 44, debemos entender que la voluntad de los padres no puede ir en contra de los intereses superiores del niño. Así lo expresa el inciso final del artículo "Los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás".

El deber de los padres y de la familia de garantizarle al niño sus derechos se mantiene aún después de roto el vínculo natural o jurídico entre ellos.

Es importante tener presente que en muchas ocasiones cuando se rompe el vínculo entre los padres, ocurre de manera no cordial, lo cual implica que muchas veces se rompan también los vínculos entre las dos familias, o que las relaciones entre estas se deterioren. El ambiente de peleas y malas relaciones

¹⁰ T-523/93 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.

¹¹ Los instrumentos internacionales de protección al menor son: La Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración de los Derechos del Niño(1959); la Declaración sobre la protección a los niños y mujeres en situación de emergencia o conflicto armado (1974); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

es perjudicial para el menor ya que él no es quien está en conflicto con sus parientes, el tiene derecho a disfrutar del amor que su familia le puede brindar. No se le puede impedir a un niño que no se hable ni que vea a sus hermanos, o prohibírsele jugar con su primos o demás familiares.

Los familiares del menor entendidos en primer término en su núcleo elemental y luego los familiares en sentido amplio, no pueden hacer prevalecer sus intereses sobre los del niño. Las desaveniencias de la separación de los padres o de la muerte de uno de estos es ya de por sí bastante difícil para el menor.

Por su parte cuando la familia no cumpla su deber de garantizar al menor la unidad y ambiente familiar adecuado, la sociedad y el Estado deben intervenir, con la exclusiva finalidad de protegerlo.

Al respecto la Corte ha dicho:

"...Es claro, que si el niño carece de una familia que lo asista y proteja, bien porque haya sido abandonado por sus padres, bien porque carezca de ellos, o bien porque éstos o, en su defecto, sus abuelos, hermanos mayores, u otros parientes cercanos, no cumplan con ese sagrado deber, la asistencia y protección incumbe directa e insoslayablemente a la sociedad y, a nombre de ésta, al Estado, a través de los organismos competentes para ello. Con esto se configura la intervención subsidiaria del Estado, a falta de una familia que cumple con las obligaciones antes señaladas.

*El bienestar de la infancia, es una de las causas finales de la sociedad - tanto doméstica como política-, y del Estado; por ello la integridad física, moral, intelectual y espiritual de la niñez, y la garantía de la plenitud de sus derechos son, en estricto sentido, asunto de **interés general**. Son **fin** del sistema jurídico, y no hay ningún medio que permita la excepción del fin.*

*Pero no basta con el deber de **asistencia**, porque la Constitución obliga al Estado, a la sociedad y a la familia también a **proteger** al niño. Esta protección implica realizar las acciones de amparo, favorecimiento y defensa de los derechos del menor. Por ello el artículo 44 superior, concluye en su último inciso: "**Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás**"; lo cual está en consonancia con el inciso tercero del artículo 13 de la Constitución que señala: "**El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta (...)**".¹²*

Por esta razón cuando sobreviene la separación de los padres, y estos no han cumplido su deber de garantizarle al niño sus derechos por la arrogancia de mantener los suyos, el legislador preve entre varios mecanismos la reglamentación de visitas. Mecanismo éste que le permite al niño conservar el

¹²Sentencia T-29/94, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

afecto de sus familiares y a éstos seguir influyendo en el proceso de desarrollo integral del niño. Al respecto dice la Corte¹³ "Las visitas no son sólo un mecanismo para proteger al menor, sino que le permiten a cada uno de los padres, desarrollar y ejercer sus derechos, es decir, son un dispositivo que facilita el acercamiento y la convivencia entre padres e hijos. Por tanto, sólo a través de esta figura se logra mantener la unidad familiar, que la Constitución consagra como derecho fundamental de los niños".

Cuando las desaveniencias no son únicamente entre los padres del menor, sino que su radio abarca a los demás miembros de la familia, se torna relevante el derecho de visitas respecto de los demás familiares a quienes el que ostenta la custodia, les impide el acercamiento y la convivencia con el menor.

Las visitas no son el único medio posible para lograr el acercamiento, además es importante aclarar que todo mecanismo tendiente a lograr dicho acercamiento no es suficiente si no logra crear un ambiente de entendimiento y cercanía no necesariamente física sino espiritual. El compromiso debe ser real y el ambiente que rodea al niño debe ser de armonía. Los padres y parientes deben abstenerse de indisponer a los menores entre ellos y contra su familia.

La prevalencia de los derechos de los niños exige que la conducta de los padres y demás familiares del menor, esté efectivamente dirigida a proteger al niño y a garantizarle o facilitarle el espacio de convivencia.

Al respecto la Corte ha expresado:

*“El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos.”*¹⁴

Por esta razón al Estado y a la sociedad les asiste el deber de actuar de manera inmediata e incondicional si el niño se halla en situación de necesidad.

La Constitución consagra en su artículo 44 la prevalencia de los derechos del niño, por esta razón cuando se constata la violación o la amenaza de alguno de los derechos del niño, su protección es exigible directamente a través de la tutela.

Al respecto la Corte ha dicho:¹⁵

¹³T-500/93 Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía

¹⁴ T-477/95 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero

¹⁵T-020/94 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa

"Si los derechos de los niños son prevalentes, el deber del Estado de asistencia y protección a la infancia, también lo es. Luego no pueden alegarse otras obligaciones que dilaten la eficacia del Estado y de la sociedad hacia la protección de los menores, porque el deber del Estado hacia estos prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, jurídica o económica".

Por esta razón la tutela no puede dejar de favorecer los derechos prevalentes del niño cuando estos hayan sido y estén siendo vulnerados y amenazados.

6. La Tutela frente al caso concreto

6.1. Cuando se trata de tutela contra particulares la acción procede en los casos señalados en el artículo 42 del decreto 2591 de 1991.

En el caso que motiva esta acción, y, específicamente, respecto a la tutela iniciada a nombre propio por los abuelos maternos de la menor A.A contra los abuelos paternos de dicha niña, no se da ninguna de las situaciones indicadas en el citado artículo 42, ni siquiera la del numeral 9º porque no existe indefensión o subordinación de los unos respecto de los otros. Luego, la petición de que se prefiera para la guarda de la menor, a los abuelos maternos, no es algo que se pueda definir mediante tutela, menos aún cuando los abuelos paternos obtuvieron, por decisión del Juez 21 de Familia, una custodia provisional de la menor, lo cual se ubica dentro de la hipótesis del artículo 45 del decreto 2591 de 1991:

"No se podrá conceder la tutela contra conductas legítimas de un particular".

Muy distinto es el caso cuando esos mismos abuelos maternos ya no hablan a nombre propio sino a nombre de su nieta y enfocan la tutela en el sentido de que no puede haber comportamiento que impida el acercamiento de la menor a su pequeño hermano y a todos sus familiares; en este evento, como se trata de protección a derechos de los menores, el estado de indefensión se presume por mandato del artículo 42 del decreto tantas veces citado.

6.2. Se ha sentado como premisa el derecho de la menor a tener una familia lo cual implica la conveniencia de no impedir que aquella tenga relaciones con su hermano de 11 años y con los abuelos maternos que no solamente proyectan la imagen de la madre, sino que antes de la muerte de ésta se ocuparon de la niña.

Es importante recordar que la menor recientemente perdió a su madre y que las circunstancias de la muerte de esta fueron violentas pues murió por acción homicida. La pérdida de un ser querido para un menor y sobre todo la de uno de sus padres, es un momento difícil. Hay una ausencia, un vacío cuyas dimensiones el menor probablemente no alcanza a comprender, pero que sí



siente. Por esta razón la atención debe centrarse en el menor, éste debe ser rodeado de afecto, cuidado y amor. La familia debe proteger al menor puesto que su felicidad y tranquilidad y su desarrollo integral y armónico están en juego. Cualquier intento de entorpecer este proceso o cualquier acción u omisión efectiva que impidan al niño sentirse tranquilo y cuidado, va en detrimento de su libre desarrollo de la personalidad.

En la medida de lo posible el entorno del menor no debe ser alterado de manera intempestiva; en otras palabras, si sobreviene una circunstancia que cambia el ambiente que lo rodea como lo es la muerte de su madre, los familiares del menor deben procurar que éste viva el proceso que ello implica, sin empeorárselo ni hacérselo más difícil por las desaveniencias presentes entre ellos. Es decir, el menor tiene derecho al afecto de sus familiares y debe seguir gozando de él.

En el caso presente estamos frente a dos menores, una niña de 4 años y un niño de 11, ambos han perdido a su madre. La menor, hija de C.C habita actualmente con él y está bajo su custodia, el niño está bajo la custodia de quienes interponen esta tutela.

Hay prueba de que tanto los abuelos paternos como el padre de la menor obstaculizan el trato de ésta con su hermano y con sus otros abuelos. Impidiéndoles a estos últimos y a su nieto F.F, hermano de la menor, visitarla o hablar con ella por teléfono.

Esta situación afecta a los menores quienes siendo hermanos, no pueden gozar del amor ni del afecto que se tienen puesto que sus familiares se lo impiden. En razón de la edad de los menores y sobre todo de A.A quien todavía no alcanza a comprender la importancia de crecer y de tener el apoyo de su hermano, los familiares deben procurar y garantizar el encuentro entre estos. No se trata solamente de no impedirles verse o hablarse sino de crear un ambiente propicio para ellos en donde se les haga sentir la importancia del contacto y efectivamente acercarlos si es necesario.

Por su parte la menor A.A también tiene derecho a recibir el afecto de sus familiares, especialmente cuando dichos familiares han sido partícipes de su crecimiento y han demostrado interés por su bienestar. Por esta razón en el caso de los abuelos maternos de la menor, estos deben aproximarse a ella. Es un derecho de la niña que le garantiza una unidad familiar, necesaria para su desarrollo integral. Debe resaltarse que la unidad familiar que requiere la menor no implica que los familiares sean devotos unos de otros, es decir, las diferencias entre ellos no tienen por qué desaparecer ya que son personas que se presumen maduras para tener sus propias relaciones y afectos. Sin embargo por la importancia que merece el menor y por la prevalencia de sus intereses, dichas desaveniencias tienen que ceder ante el deber que tienen como personas encargadas de crearle al menor un ambiente adecuado para su desarrollo integral.

El caso que se nos presenta, demuestra cómo los familiares de los menores no les han dado la importancia que estos merecen. Aclarando un poco: pretender exclusivamente la custodia de la menor y buscar los mecanismos de acercamiento con esta como lo han hecho sus abuelos maternos, es decir afectando la imagen del padre de la niña; y, por el otro lado, impedir el contacto entre los menores o entre uno de estos y sus abuelos, como lo han hecho el padre y los abuelos paternos de la menor; no son demostraciones de exaltación ni de reconocimiento de los derechos de los niños.

Tanto el padre de la menor, quien no quiere permitir el contacto a través de las visitas de su hija con los abuelos maternos de esta, como los cuatro abuelos quienes mantienen un enfrentamiento aparentemente sólo jurídico respecto a la custodia de la menor y en torno al acceso a esta; deben rescatar la importancia que para los menores merece el crecer en un ambiente adecuado. En donde ambiente adecuado implica un clima de convivencia, de tranquilidad y armonía en el cual el menor pueda desarrollarse integralmente, interactuando con su entorno y con quienes hacen parte de él.

Como no se trata de una controversia entre partes, sino de un amparo sustentado en la prevalencia de los derechos de los menores lo cual implica preferenciar el derecho sustancial y someter las normas procesales a la preferencia que hay que darle a los derechos supremos del niño, todos los familiares de los menores deben garantizarles la convivencia entre ellos y propiciar un ambiente de acercamiento entre la menor y sus familiares.

En el caso de estudio, la familia de los menores tiene las posibilidades materiales, afectivas, psicológicas y espirituales para cuidar y favorecer el crecimiento de los menores, sin embargo por creer cada uno saber qué es lo que ellos necesitan, se han olvidado precisamente de oírlos. Tanto A.A como F.F quieren mantenerse cerca, lo cual no implica necesariamente convivencia física, sino la posibilidad de verse y de hablarse por teléfono. Los familiares de los menores deben acceder a este deseo y derecho, creando las condiciones propicias para que este se cumpla y garantice plenamente.

Por su parte el padre de la menor y sus abuelos paternos deben entender la importancia que tiene para ella el contacto y acercamiento con sus familiares por parte de madre. El mecanismo de las visitas es una posibilidad de aproximación pero sólo resulta adecuado si va acompañado de un compromiso de parte y parte en donde prime la voluntad del menor y en donde no haya descrédito de la imagen de sus familiares. Por esta razón aún a los mismos solicitantes de la tutela se le indicará que cuando estén con la menor no pueden alterar su equilibrio emocional.

6.3 En virtud de la importancia que la Constitución le ha dado a los derechos de los niños, la familia en primer término y la sociedad y el Estado de manera supletoria, tienen la obligación de protegerlos y de garantizarles el goce pleno de sus derechos. El niño tiene derecho a que se le preste solidaridad. Por esta razón en cuanto al derecho de la niña a tener contacto con sus abuelos maternos, la forma operativa es la de la visitas, que, según jurisprudencia de

esta Corporación¹⁶, pueden ser ordenadas como mecanismo transitorio y así se hará.

Para vigilar que estas órdenes no se conviertan en fuente de conflictos, lo cual perjudicaría a los menores, se le pedirá la colaboración al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; Regional Bogotá.

Teniendo en cuenta que principios como las de la SOLIDARIDAD y la EFICACIA son propios del Estado Social de Derecho, entonces, es primordial, para que se concrete la protección a los niños que está siendo amenazada o vulnerada que en lo posible haya la infraestructura adecuada para evitar el exceso de inconvenientes que aquejan a los menores de la Capital y que, como es apenas obvio, difícilmente puede ser cubierto con el escaso número de funcionarios dedicados a su solución. Entre tanto, se requiere que la solidaridad sea asumida como un valor y una obligación de todos, para así responder al Estado Social de Derecho que la consagra como finalidad y a la prevalencia de los derechos de los niños sobre los de los demás .

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

RESUELVE:

Primero.- **CONFIRMAR** las sentencias materia de revisión en cuanto no concedieron la tutela instaurada directamente por los abuelos maternos contra los abuelos paternos de la menor A.A, por no existir ni subordinación ni indefensión de aquéllos respecto de éstos. Modificar las sentencias materia de revisión, en cuanto no concedieron la tutela a los dos menores, y, en su lugar proteger el derecho que tienen ellos al libre desarrollo de su personalidad, a tener una familia y a la prevalencia de los derechos del niño sobre los derechos de los demás.

Segundo.- En concordancia con el punto anterior, se dan las siguientes **ORDENES:**

1ª- La comunicación directa o telefónica entre los dos hermanos en ningún caso podrá restringirse ni por el padre de A.A ni por ninguno de los abuelos. Si surgen contratiempos, con ocasión de dicho trato, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar coordinará lo necesario.

2ª- La menor A.A podrá ser visitada por sus abuelos maternos, siempre y cuando en el término de cuatro meses se instaure por éstos un proceso judicial de regulación de visitas para que sea la

¹⁶ T-442 /94 Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell



justicia ordinaria la que decida. Entre tanto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar coordinará semanalmente dichas visitas. Dentro de esta coordinación se tendrá en cuenta lo que favorezca a la menor.

3ª- El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Santafé de Bogotá, vigilará el trato que tanto el padre como los cuatro abuelos dan a la menor, en el aspecto material y en el psicológico y buscará que sus conflictos no repercutan en la formación de la menor.

Tercero.- Para los efectos del artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, el Juzgador de primera instancia hará las comunicaciones y adoptará las decisiones del caso.

Cuarto.- Envíese copia de esta sentencia al Defensor del Pueblo.

Quinto.- Se protegerá la identidad de los menores, luego en todas las copias o informaciones que se den sobre este caso, se omitirán los nombres de los niños, de los padres y de los abuelos.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, insértese en la Gaceta Constitucional.

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaría General