

Referencia: Expediente T-6.753.815

Acción de tutela presentada por CRRB y LMBT en contra del Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR.

Magistrado Ponente:
CARLOS BERNAL PULIDO

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, y los magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Carlos Bernal Pulido, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de primera instancia proferido por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en el proceso promovido CRRB y LMBT en contra del Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR.

De conformidad con lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

I. ANTECEDENTES

El 22 de enero de 2018, el señor CRRB ¹ y la señora LMBT, a través de apoderado, presentaron acción de tutela en contra de Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR por la expedición de la providencia de 9 de noviembre de 2017, dentro del Proceso de Regulación de Visitas a su nieto DART de 6 años de edad², al “*Declarar probada la excepción de mérito de “falta de la legitimación en la causa”*”.

1. Hechos

1. Los accionantes, domiciliados en Fusagasugá (Cundinamarca), manifiestan que ante la muerte de su hijo, DTR, han perdido contacto con su nieto, DART; toda vez que AMTR, la madre del menor, y el menor están domiciliados en la ciudad Santa Marta.

2. Motivados por esta separación, presentaron demanda de regulación de visitas en contra de AMTR, la cual fue admitida el 14 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Oral de Familia de Santa Marta.

3. El Juzgado Segundo Oral de Familia de Santa Marta, mediante Providencia 9 de noviembre de 2017, resolvió “*Declarar probada la excepción de mérito de “falta de la legitimación en la causa”*”³ considerando que:

2.1. De una interpretación armónica de los artículos 253 y siguientes del código civil y 23 del Código de la Infancia y Adolescencia, a la luz del artículo 44 de la Constitución Política y 9º de la Convención sobre Derechos del Niño⁴, se concluye, sin asomo de dudas, que el proceso de regulación de visitas **está reservado exclusivamente para los progenitores de los niños, niñas y adolescentes, por ser quienes ostentan y ejercen la custodia y cuidado personal de estos, premisa que excluye, por simple lógica, a la familia extensa, entre ellos, los abuelos (maternos o paternos); de ahí que, como lo ha fijado la jurisprudencia constitucional, no están legitimados para promover tal actuación, a menos que, como ha ocurrido de manera excepcional en ciertos casos, aquéllos adquieran su custodia.**

(...) los familiares cercanos del menor, por ejemplo los abuelos, no gozan de iguales derechos y obligaciones que los padres en relación con los hijos en lo concerniente a la

¹ Con fundamento en el artículo 62 del Acuerdo 02 de 2015 (Reglamento de la Corte Constitucional) y en aras de proteger la intimidad del menor involucrado en este asunto, así como para garantizar su interés superior, esta Sala de Revisión emitirá dos copias del mismo fallo, con la diferencia de que, en aquella que se publique, se utilizarán las iniciales de su nombre y los de sus padres y abuelos.

² Nacido el 1 de agosto de 2012.

³ Folios 7 y 8, cuaderno 1.

⁴ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aprobada por Colombia en la Ley 12 de 1991.

regulación de visitas. Que los menores sólo pueden ser sustraídos del hogar en el que convive con sus progenitores o con alguno de ellos, con la autorización de quien lo tiene bajo su cuidado personal y ejerce la potestad parental. **Que existen disposiciones legales que protegen el derecho a las visitas al menor pero sólo referidas al progenitor que no lo tiene bajo su cuidado personal, es decir, existe falta de legitimidad en los abuelos para reclamar la regulación de visitas a su nieto** en un proceso así denominado; y , finalmente, sólo son titulares de la potestad parental los padres, que en caso de fallecer uno de ellos, el otro será el único titular (Negrita y subrayas de la sala) (C.C. T-189/03, citada en T-900/06).

(...)

Lo dicho en aquella oportunidad por la Corte se reitera en esta sentencia, pues, resulta innegable y se apoya precisamente en el interés superior del niño que, como regla general y salvo decisión judicial en contrario, **a los menores les asiste el derecho a conocer, tratarse y compartir con los miembros de la familia, incluidos los abuelos, y, preferiblemente, sin que tuviera que acudir a una instancia judicial o administrativa para lograr estos acercamientos, sino que progenitores y familia cercana logran que el trato se dé por encima de las diferencias que como adultos tengan.**

Si esto no ocurre, y sólo excepcionalmente, se puede acudir a la jurisdicción de familia para que el interés superior del menor y respetando la voluntad de quienes ejercen la potestad parental y el cuidado personal, se facilite la comunicación del menor con su familia extensa. (Resaltado fuera de texto)⁵

De acuerdo a lo anterior, le asiste razón a la demandada ya que si bien es innegable el vínculo familiar entre los abuelos y los nietos, no por ello se les permite a los abuelos acceder a la garantías que sólo le corresponden a los directos padres, cual es, ejercer los mecanismos relativos a la patria potestad, dentro de los que se incluye la regulación de visitas, pues la misma es privativa y exclusiva para ser ejercida por los padres.

4. El 22 de enero de 2018, el señor CRRB y la señora LMBT, a través de apoderado, presentaron acción de tutela en contra de Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR por la expedición de la providencia de 9 de noviembre de 2017, concluye que la sentencia violó los

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. STC 5420-2017, abr 21/2017. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

derechos fundamentales consagrados en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia, y 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁶.

2. Pretensiones

5. Los accionantes solicitan al juez de tutela que se ordene regular las visitas a su nieto en las vacaciones de mitad y fin de año, de forma compartida, sin perjudicar los deberes escolares del menor.

3. Respuesta de los accionados

3.1. Juzgado Segundo de Familia Oral de Santa Marta

6. Mediante oficio 0097 de 24 de enero de 2018⁷, la Jueza Elsa Camargo Amado al pronunciarse frente a la demanda de tutela, indicó que la demanda de regulación de visitas fue admitida en ese despacho el 14 de junio de 2017, y que la demandada contestó con excepción de mérito de falta de legitimación en la causa por activa, y agregó:

Posteriormente, atendiendo (sic) artículo 278 del Código General del Proceso, concretamente el numeral 3º, se decidió de fondo el asunto, mediante sentencia anticipada de fecha 9 de noviembre de 2017, la cual fue negativa a los intereses del extremo activo, pues a criterio de este Despacho, había carencia de legitimación en la causa por activa, con base en pronunciamiento de la alta corporación de la jurisdicción ordinaria, en sentencia STC 5420-2017 del 21 de abril de 2017, M.P. ALVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

Finalmente la parte actora presentó recurso de apelación en contra de dicha providencia, y seguidamente, se negó su concesión por improcedente, de conformidad a la naturaleza del asunto, que por ser verbal-sumario es de única instancia, no siendo admisible este tipo de impugnación al no existir superior jerárquico-funcional en tal trámite.

3.2. Respuesta de AMTR⁸

7. La señora AMTR al contestar la demanda de tutela manifestó, con fundamento en los artículos 253 y ss. del código civil, artículo 23 del código de infancia y adolescencia, artículo 44 de la Constitución Política y artículo 9 de la Convención sobre derechos del niño, que la acción de regulación de visitas es “*del fuero exclusivo de los padres, no de los abuelos a no ser que ostenten la custodia de sus nietos, que no es la situación en este caso particular*”, y apoya

⁶ Folios 1 a 5, Cuaderno 1.

⁷ Folio 30, cuaderno 1.

⁸ Folios 50 a 53, cuaderno 1.

su afirmación en las sentencias T-189 de 2003 y T-900 de 2006 de la Corte Constitucional.

4. Decisión objeto de revisión

4.1 Primera instancia⁹

8. La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, mediante providencia de 1 de febrero de 2018, negó el amparo invocado, considerando que *“no se configura ninguno de los errores que tornan viable el amparo rogado, habrá de denegarse el amparo solicitado”*, y en la orden segunda exhorta *“a la señora [AMTR], para que cumpla su deber ineludible de ofrecer a su hijo un ambiente de unidad familiar que permita y favorezca el desarrollo integral y armónico de su personalidad, tarea en la cual deberán prestar colaboración sus abuelos paternos y de ser el caso solicitar acompañamiento de bienestar familiar.”*

4.2 Impugnación

9. La decisión no fue impugnada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

10. La Sala de Selección de Tutelas Número Cinco, integrada por los Magistrados designados por la Sala Plena de la Corte Constitucional para conformarla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las consagradas en los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política, 33 del Decreto 2591 de 1991 y 51, 52, 53, y 55 del reglamento de esta Corporación (Acuerdo 02 de 2015), profirió auto el 31 de mayo de 2018, mediante el cual se seleccionó para su revisión el expediente T-6.753.815, correspondiente a la acción de tutela promovida CRRB y LMBT en contra del Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR y que fue repartido a la Sala Primera de Revisión.

11. La Corte Constitucional es competente, por medio de esta Sala, 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 de Colombia, en concordancia con los artículos 31 y 36 del Decreto Ley 2591 de 1991, y en cumplimiento de lo ordenado por el Auto del 31 de mayo de 2018, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Cinco.

2. Problema jurídico

⁹ Folios 110 a 118, cuaderno 1.

12. Esta Sala de Revisión debe resolver, en primer lugar, el siguiente problema jurídico: ¿la acción de tutela presentada por CRRB y LMBT en contra del Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR por la expedición de la providencia de 9 de noviembre de 2017 cumple con los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales?

13. En caso de que la respuesta sea afirmativa, esta Sala pasará a resolver el siguiente problema jurídico: ¿el Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta, al proferir la providencia de 9 de noviembre de 2017, incurrió en defecto sustantivo al declarar que los abuelos carecen de legitimación en la causa para acudir al proceso civil de regulación de visitas, por no ser los padres del menor?

14. El asunto así planteado, supone también la necesidad de resolver el siguiente interrogante ¿Existe conflicto entre la norma legal que, en principio, sólo reconoce legitimación a los padres para acudir al proceso judicial de regulación de visitas y la norma constitucional que reconoce el derecho de los niños a relacionarse con su familia extensa?

15. Para resolver los anteriores interrogantes, esta Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los requisitos generales y específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales y determinará si en este caso se cumplen.

3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1 Requisitos generales de procedencia

16. CRRB y LMBT presentaron acción de tutela en contra del Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR por la expedición de la sentencia de 9 de noviembre de 2017, decisión que declaró la falta de legitimación activa para solicitar la regulación de visitas por parte de los abuelos al menor DART. En esos términos, resulta claro que estamos ante una tutela en contra de providencia judicial, que como tal, debe cumplir con los requisitos que ha señalado la jurisprudencia.

17. Los artículos 86 de la Constitución y 5 del Decreto 2591 de 1991 establecen que toda persona puede acudir a la acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe legítimamente a su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

18. En consecuencia, la Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones de los jueces, en su calidad de autoridades públicas, cuando incurran en graves falencias que las hagan incompatibles con

la Constitución y afecten los derechos fundamentales de las partes¹⁰. En todo caso, La procedencia es excepcional, “*con el fin de que no se desconozcan los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y la naturaleza subsidiaria que caracteriza al mecanismo*”¹¹.

19. Ahora bien, de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corte, para que opere la procedencia, es necesario que se acrediten los requisitos generales y específicos de procedibilidad señalados para tales efectos.

20. La jurisprudencia constitucional¹² estableció los siguientes requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales deben cumplirse en su totalidad: (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla el requisito de inmediatez, o sea, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iii) que cuando se trate de una irregularidad procesal tenga un efecto decisivo en la sentencia que se impugna, que resulte lesiva de la garantías constitucionales del actor; (iv) que el actor identifique de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados; y (v) que la providencia que se impugna en sede de tutela no corresponda a su vez a una sentencia que haya definido una acción de tutela; y (vi) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

3.1.1 Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia en el caso analizado

21. En el presente acápite, esta Sala de Revisión hará el análisis del cumplimiento de cada uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en el caso que analiza.

22. Relevancia constitucional

23. Tal como lo ha señalado esta Corte, la relevancia constitucional se refiere a que la disputa trascienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior¹³.

24. El asunto sometido al análisis de esta Sala de Revisión es de relevancia constitucional al involucrar la posible violación de dos derechos fundamentales:

¹⁰ Véase, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2009.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-244 de 2016.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

¹³ En la sentencia T-335 de 2000, la Corte destacó: “[L]a definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional.” Ver también Sentencia T-414 de 2009.

(i) el derecho fundamental al debido proceso y acceso a la administración de justicia, y, (ii) el derecho fundamental a la familia.

25. Al declararse la falta de legitimación por activa de los abuelos para solicitar la regulación de visitas al nieto, es posible que se esté violando el derecho al debido proceso y el acceso a la justicia, de la familia extensa, al realizar una evaluación incompleta de la legitimación de hecho (titularidad de la acción) con la legitimación en la causa (titularidad del derecho), sin realizar una evaluación de las condiciones particulares de cada caso.

26. Igualmente, es posible que la declaración de falta de legitimación por activa de los abuelos viole el derecho del menor a la familia, derecho consagrado en el artículo 44¹⁴ de la Constitución Política y los artículos 3 y 8¹⁵ de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, sin haber considerado las condiciones fácticas del caso, así como el bienestar y la opinión del menor, que garanticen el derecho del niño a contar con una familia.

3.1.1.1. Requisito de inmediatez

27. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la vulneración, en este caso, la adopción de la providencia judicial que se estima violatoria del debido proceso¹⁶.

28. En el asunto que se estudia, la acción de tutela se interpuso el 22 de enero de 2018, esto es, menos de tres meses después de expedida la providencia demandada, de fecha 9 de noviembre de 2017.

29. Con base en lo anterior, y a la luz de lo expuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a juicio de esta Sala de Revisión, el término en el que se interpuso la acción de tutela contra la providencia judicial mencionada es razonable.

¹⁴ Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: [...] tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. [...] Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

¹⁵ Artículo 3. || 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. || 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 8 || 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. || 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

¹⁶ En ese sentido, en Sentencia C-590 de 2005, la Corte señaló que la razón de ser de este requisito es evitar la transgresión de principios como la cosa juzgada o la seguridad jurídica, ya que permitir que la acción de tutela se interponga meses o incluso años después de la fecha en la que se toma la decisión desdibujaría la finalidad de los mecanismos ordinarios de defensa previstos por el legislador.

3.1.1.2. Efecto decisivo de la irregularidad

30. Esta Corporación también ha establecido que para que la tutela sea procedente, la irregularidad alegada debe afectar decisivamente al derecho fundamental presuntamente vulnerado.

31. En el caso que se analiza, los accionantes alegan la vulneración del derecho a la familia del menor DART al proferir la sentencia de 9 de noviembre de 2017 que declaró probada la excepción de mérito por “*falta de la legitimación en la causa*”. En ese sentido, de acreditarse que la decisión carece de justificación, tal circunstancia tendría un efecto decisivo en la vulneración del derecho a la familia del menor DART.

3.1.1.3. Identificación razonable de los hechos

32. Para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, también es necesario que la parte actora identifique razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados. Además, que haya alegado esa vulneración, siempre y cuando haya tenido oportunidad de hacerlo¹⁷.

33. En el asunto sometido a revisión de esta Sala, los accionantes manifiestan que ante la muerte de su hijo, DR, han perdido contacto con su nieto, DART, toda vez que la madre del menor está domiciliada en una ciudad diferente al domicilio de los tutelantes, y por ese motivo solicitaron al juez de familia, mediante demanda judicial, la regulación de visitas a su nieto, y con la sentencia tutelada “*les negaron la posibilidad [...] de compartir con un único nieto*”¹⁸, y a su nieto le niegan “*la posibilidad de relacionarse con sus abuelos [...] por ende el derecho a compartir con la familia*”¹⁹ reconociendo la prevalencia del interés de menor, y con esta negativa, alegan los tutelantes, se violan los derechos consagrados en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política de Colombia, y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

34. Del mismo modo, se evidencia en el expediente que los accionantes, a pesar de no proceder recurso contra la sentencia de 9 de noviembre de 2017²⁰, presentaron recurso de apelación, el cual fue negado por improcedente, por tratarse de un proceso que verbal sumario de única instancia.

3.1.1.4. No se trata de una sentencia de tutela

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-590 de 2005.

¹⁸ Folio 1, cuaderno 1.

¹⁹ Folio 2, cuaderno 1.

²⁰ Folio 30, cuaderno 1.

35. Esta Corte ha señalado que es necesario que la providencia judicial cuestionada no sea una sentencia de tutela, pues los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida.

36. En este caso es claro que no estamos ante una tutela contra sentencia de tutela, sino contra la providencia de única instancia en un proceso verbal sumario²¹ que declaró la falta de legitimación por activa de los abuelos en la demanda para la regulación de visitas.

3.1.1.5. Requisito de subsidiariedad. Agotamiento de recursos

37. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, la propia jurisprudencia ha precisado que el examen del cumplimiento de este requisito no se agota con corroborar la existencia de otro medio de defensa, sino que implica, además, verificar que este sea idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, pues, en caso contrario, la tutela resultaría excepcionalmente procedente.

38. En tratándose de acciones de tutela contra providencias judiciales, ha advertido esta Corte que es necesario que el accionante haya agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial, para que la acción de tutela sea procedente²².

39. Siguiendo esta línea, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la cual el amparo constitucional no resulta procedente cuando, a través de este medio, se pretende reabrir etapas procesales que se encuentran agotadas porque no se presentaron los recursos respectivos, ya sea por negligencia, descuido o distracción de las partes²³.

40. Los accionantes pretenden que, como parte del derecho fundamental a la familia y los derechos fundamentales de los niños, se les reconozca el derecho a visitar a su nieto, derecho negado mediante providencia de 9 de noviembre de 2017, por falta de legitimación por activa, con fundamento en el artículo 256 del Código Civil.

²¹ Código General del Proceso. Artículo 21. *Competencia de los jueces de familia en única instancia*. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.

²² En los términos de la Sentencia SU-424 de 2012, “[L]a acción de tutela no puede admitirse, bajo ningún motivo, como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para defensa de los derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten”. Ver también, Corte Constitucional, Sentencia T-006 de 2015.

²³ Corte Constitucional, Sentencia T-103 de 2014.

41. De conformidad con el artículo 21²⁴ del Código General del Proceso, el proceso de regulación de visitas es un proceso de única instancia, y contra estas providencias no proceden recursos.

42. A pesar de la improcedencia de recursos, los accionantes presentaron recurso de apelación, el cual fue rechazado por el juez de instancia.

43. Así, la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad.

44. Por lo anterior, esta Sala de Revisión considera satisfechos todos requisitos generales²⁵ y, por lo tanto, pasa a estudiar el cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso que se analiza.

3.2 Requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

45. Además de los requisitos generales, la jurisprudencia constitucional ha definido unos requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionados con graves defectos que las hacen incompatibles con los preceptos constitucionales²⁶.

46. Ellos son *defecto orgánico*²⁷; *defecto procedimental*²⁸; *defecto fáctico*²⁹; *error inducido*; *decisión sin motivación*³⁰; *desconocimiento del precedente*; *violación directa de la Constitución*; *defecto material o sustantivo*³¹. De estos, al menos uno debe cumplirse para que la acción de tutela sea procedente³². Así mismo, debe tenerse en cuenta que una misma irregularidad puede dar lugar a la configuración de varios de estos defectos.

3.2.1 Cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad en el caso bajo examen

²⁴ **Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia.** Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos: [...] 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.

²⁵ Siendo que en este caso el motivo de la tutela no es el de una irregularidad procesal, esta Sala prescindió del estudio de la causal denominada *efecto decisivo de la irregularidad*.

²⁶ Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias C-590 de 2005, T-666 de 2015 y T-582 de 2016.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-446 de 2007 y T-929 de 2008.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-490 de 2016.

²⁹ *ibíd.*

³⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-233 de 2007 y T-709 de 2010.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-582 de 2016: “**d. Defecto sustantivo o material.** Se presenta cuando la decisión judicial adoptada por el juez, desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen, al sustentarse aquella en disposiciones claramente inaplicables al caso concreto. Sobre el particular, esta Corporación ha sostenido, que cuando una decisión judicial se soporta en una norma jurídica manifiestamente equivocada, que la excluye del marco de la juridicidad y de la hermenéutica, aquella pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad, que debe dejarse sin efectos, para lo cual la acción de tutela pasa a ser el mecanismo idóneo y apropiado. Al respecto, ha explicado la Corte que tal situación de arbitrariedad se presenta cuando se aplica: (i) una norma inexistente; (ii) o que ha sido derogada o declarada inexecutable; (iii) o que estando vigente, resulta inconstitucional frente al caso concreto y el funcionario se haya abstenido de aplicar la excepción de inconstitucionalidad; (iv) o que estando vigente y siendo constitucional, la misma es incompatible con la materia objeto de definición judicial.”

³² Corte Constitucional, Sentencia T-404 de 2017.

47. En el presente caso, el accionante afirma que la decisión judicial desconoce el derecho del menor DART a un sano crecimiento y al “*derecho fundamental a no ser separado de su familia*”³³.

48. La jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el *defecto sustantivo* se presenta cuando: (i) la providencia judicial se basa en una norma inaplicable al caso concreto, ya sea porque no se ajusta a este, no está vigente por haber sido derogada o fue declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance; (iii) se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso, que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, o (iv) la norma pertinente es inobservada e inaplicada³⁴. En estos eventos, el juez de tutela debe intervenir excepcionalmente, para garantizar la vigencia de los preceptos constitucionales, a pesar de la autonomía que, en principio, tienen los jueces para definir las normas en las que se fundamenta la solución del caso puesto a su consideración³⁵.

49. En el caso objeto de análisis el accionante considera que la decisión judicial, al negar el derecho de los abuelos a visitar a su nieto, desconoció normas de orden constitucional que protegen el derecho fundamental de los niños a tener una familia, de conformidad con lo consagrado en el artículo 44³⁶, además de normas de tratados internacionales, como lo es la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículo 3 y 8³⁷.

3.2.1.1 Análisis de las circunstancias particulares del caso

50. La providencia³⁸ objeto de tutela fundamentó su decisión en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia STC 5420-2017 de abril 21 de 2017, la cual utiliza como parte de su fundamentación las sentencias T-189 de 2003 y T-900 de 2006, y concluye que:

³³ Folio 4, cuaderno 1.

³⁴ Véanse, por ejemplo, Corte Constitucional, Sentencias T-781 de 2011, SU 424 de 2012, T-388 de 2015 y T-582 de 2016. Ha dicho la Corte que, en tales casos, la decisión judicial pasa a ser una simple manifestación de arbitrariedad que debe dejarse sin efectos, para lo cual la tutela resulta ser el mecanismo idóneo y apropiado.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-123 de 2016.

³⁶ Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: [...] tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. [...] Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

³⁷ Artículo 3. || 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. || 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Artículo 8 || 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. || 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

³⁸ Folio 8, Cuaderno 1.

De acuerdo a lo anterior, le asiste razón a la demandada ya que si bien es innegable el vínculo familiar entre los abuelos y nietos, no por ello se les permite a los abuelos acceder a las garantías que sólo le corresponden a los directos padres, cual es, ejercer los mecanismos relativos a la patria potestad, dentro de los que incluye la reglamentación de visitas, pues la misma es privativa y exclusiva para ser ejercida por los padres.

51. Se debe recordar que el precedente vinculante en la determinación y alcance de un derecho de rango constitucional está asignado, por la Constitución Política³⁹, a la Corte Constitucional, y en esa medida el precedente a acatar, es el definido por esta Corte.

52. Con fundamento en el alcance del precedente constitucional, y para determinar la posible violación de la sentencia del Juzgado Segundo Oral de Familia de Santa Marta de 9 de noviembre de 2017 de preceptos constitucionales, resulta oportuno recordar lo resuelto por las sentencias T-189 de 2003 y T-900 de 2006.

53. En la sentencia T-189 de 2003, al revisar un caso atinente a la regulación de las visitas de los abuelos, se concluyó:

4.2 Lo dicho en aquella oportunidad por la Corte se reitera en esta sentencia, pues, resulta innegable y se apoya precisamente en el interés superior del niño que, como regla general y salvo decisión judicial en contrario, a los menores les asiste el derecho a conocer, tratarse y compartir con los miembros de la familia, incluidos los abuelos, y, preferiblemente, sin que tuviera que acudir a una instancia judicial o administrativa para lograr estos acercamientos, sino que progenitores y familia cercana logran que el trato se dé por encima de las diferencias que como adultos tengan.

Si esto no ocurre, y sólo excepcionalmente, se puede acudir a la jurisdicción de familia para que, garantizado el interés superior del menor y respetando la voluntad de quienes ejercen la potestad parental y el cuidado personal, se facilite la comunicación del menor con su familia extensa.

[...]

Con esta clase de precisiones se deja en claro que no está en duda el derecho del niño de relacionarse y compartir con sus abuelos maternos y de éstos con su nieto, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte, pero en estos casos debe privilegiarse el

³⁹ **ARTICULO 241.** A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo.

interés del menor y no el de las otras personas cercanas a él, así se trate de sus progenitores, de sus abuelos u otros parientes. (Subrayado fuera de texto)

54. En la sentencia T-900 de 2006, al revisar el caso de una persona que reclamaba el derecho a visitar a una hermana menor de edad, separada por el padre de ésta, se concluyó:

El derecho a tener una familia y a no ser separados de ella

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en reconocer que uno de los principales criterios orientadores para determinar el bienestar del menor es el de considerar el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Entendiendo que el espacio natural de desarrollo del menor es la familia en la que ha sido concebido y, a su vez, es la familia la primera llamada a satisfacer las necesidades afectivas, económicas, educativas y formativas de los menores.

[...]

La situación anteriormente descrita fue modificada con el prematuro y lamentable fallecimiento de la madre. Con éste hecho la filiación materna cedió ante la supervivencia del padre y el ejercicio de los derechos de la patria potestad sobre sólo uno de los menores, lo que desató el cambio de residencia de la menor del domicilio materno al paterno, el distanciamiento con su familia consanguínea materna, así como las modificaciones en las pautas de educación. Así las cosas, la menor retirada abruptamente de su familia materna, el mismo día del fallecimiento de su madre, ha tenido que asimilar una pérdida múltiple, al elaborar un duelo en relación a su madre, a su hermano y a sus abuelos.

[...]

Por otra parte es importante que el padre comprenda que los intereses jurídicos de su hija son autónomos a los suyos, por lo que las razones por las cuales impide las relaciones de su hija con su respectiva familia materna en ejercicio de su patria potestad no pueden obedecer a meras suposiciones, conjeturas, caprichos carentes de sustento fáctico. Pues ello contravía el correcto establecimiento del interés superior del menor.⁴⁰ (Subrayado fuera de texto).

55. Como se observa, en las sentencias T-189 de 2003 y T-900 de 2006 se reconoció el derecho de los menores a relacionarse con su familia extensa, de conformidad con el mandato del artículo 44 de la Constitución Política.

⁴⁰ Sentencia T-408/95.

Ahora, si bien en la primera de las mencionadas sentencias en principio se descartó la legitimidad de los abuelos para iniciar el proceso de regulación de visitas, el derecho que expresamente se reconoce allí a la familia extendida del menor exige morigerar esta posición y concebir una subregla que se ajuste de mejor manera a las circunstancias de cada caso concreto. Por ejemplo, es claro que los abuelos cuentan con una legitimación especial para promover este proceso cuando uno de los padres del niño ha fallecido y la necesidad de continuar el vínculo con la familia de aquel debe ser satisfecha.

Por ello, también, en estas circunstancias, lo cierto es que el ordenamiento jurídico no prevé ninguna acción judicial idónea que permita, con toda claridad, restablecer de manera efectiva el contacto con la familia extensa, diferente al proceso de regulación de visitas. A juicio de la Sala, en estos casos la competencia general del juez de familia en asuntos que, de conformidad con el artículo 21, numeral 14, del CGP, está llamado a resolver “*con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de árbitro*” no logra satisfacer, en esa jurisdicción, el interés superior del menor, que es un principio de rango constitucional insoslayable.

56. En el caso objeto de revisión, la sentencia que negó la legitimación por activa de los abuelos para pedir la regulación de las visitas, fundamentó su decisión en las normas del código civil, así:

ARTICULO 253. Toca de consuno a los padres, o **al padre o madre sobreviviente**, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos.

ARTICULO 256. Al **padre o madre** de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que el juez juzgare convenientes. (Resaltado fuera de texto)

57. La forma en que razonó el juez sobre estas normas lo llevó a concluir, sin más, que estas solo permiten la regulación de visitas a favor del padre o de la madre, no así a otro familiar de los menores.

58. Sin embargo, es necesario recordar lo establecido por el artículo 44 la Constitución Política, conforme al cual:

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. [...]

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad

competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

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

59. De igual manera, resulta imprescindible al caso lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la Naciones Unidas:

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

60. De conformidad con estas normas, sin duda de rango superior respecto de las normas del Código Civil, es deber del Estado garantizar el derecho de los menores a preservar sus relaciones familiares.

61. En esa medida, la providencia judicial atacada incurrió en un defecto sustantivo, en tanto el juez fijó el alcance de las disposiciones contenidas en los artículos 253 y 256 del Código Civil, sin considerar en modo alguno las disposiciones constitucionales y convencionales aplicables al caso.

62. En la misma línea de interpretación, la primacía del derecho constitucional y en particular del derecho fundamental del niño, la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, estableció:

Artículo 21. Competencia de los jueces de familia en única instancia. Los jueces de familia conocen en única instancia de los siguientes asuntos:

[...]

3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios.

63. Esta norma procedimental no establece *prima facie* ninguna limitación en la legitimación por activa para la solicitud de regulación de visitas, lo cual resulta acorde con la primacía del derecho fundamental del niño a tener relación con toda su familia, no solamente con los padres. Por lo tanto, los integrantes de la familia extensa están legitimados para solicitar la regulación de visitas a menores de edad.

Desde luego, esta legitimación procesal no debe confundirse con la definición del derecho que se reclama. Que los miembros de la familia extendida tengan la facultad para promover esta actuación no significa que la autoridad judicial tenga que considerar procedente la regulación de las visitas. Ello tendrá que definirse en las circunstancias de cada caso concreto y de acuerdo al interés del menor. Lo que no puede aceptarse, en desmedro de la norma constitucional y

convencional, es cerrar del todo las puertas del proceso de regulación de visitas bajo una aplicación irreflexiva de la ley, sin tener en cuenta la afectación de derechos que en determinadas circunstancias ello puede causar.

64. En relación con la configuración del defecto sustantivo por circunstancias como esta, por la Corte Constitucional en la sentencia T-773 de 2011 señaló lo siguiente:

4.6.2. De otra parte, frente al segundo de los mencionados motivos de incursión en un defecto sustantivo por interpretación irrazonable, la Corte ha señalado que este se caracteriza “*por una mayor incidencia del desconocimiento de la Constitución, dado que la interpretación de la ley se traduce en defecto sustantivo debido a que en el proceso interpretativo se dejan de tomar en cuenta contenidos superiores que a la luz del caso concreto han debido guiar ese proceso y condicionar su resultado*”⁴¹. Igualmente, ha indicado que “*cuando la interpretación otorgada a la disposición legal es posible, pero contraviene el contenido constitucional aparejando la vulneración o el desconocimiento de los derechos fundamentales o preceptivas superiores, el juez constitucional está en la obligación de adecuar el contenido de dicha norma legal y hacerla consonante con los fines y principios constitucionales*”.

Como puede apreciarse, esta causal se encuentra íntimamente ligada con el criterio hermenéutico de *interpretación conforme*, según el cual, “*la interpretación de la totalidad de los preceptos jurídicos debe hacerse de tal manera que se encuentre en armonía con las disposiciones constitucionales*”⁴². En esa dirección, la Sala Tercera de Revisión en sentencia T-191 de 2009 manifestó lo siguiente:

“Así pues, el principio de interpretación conforme encuentra su fundamento en la supremacía y jerarquía normativa máxima de la Constitución Nacional, a partir de cuya premisa se deriva que toda interpretación jurídica debe arrojar un resultado que no sólo no debe ser contrario, ni solamente permitido, sino más allá debe estar ajustado a la Constitución Nacional”.

65. En este caso, la decisión de 9 de noviembre de 2017 aplicó las normas del Código Civil sin considerar la norma constitucional, y el tratado internacional, que garantizan al menor el acceso a su familia, el derecho a no ser separado de ella, dando un alcance a la normativa del ordenamiento civil que desconoce estos mandatos superiores.

66. De acuerdo con lo anterior, se configura un defecto sustantivo en la sentencia del Juzgado Segundo Oral de Familia de Santa Marta de 9 de

⁴¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1045 de 2008.

⁴² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-191 de 2009.

noviembre de 2017 al violar el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de los abuelos paternos, por desconocer el mandato contenido en el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, y negar, por ese solo hecho, el trámite de la demanda de regulación de visitas de su nieto, procedimiento establecido en el artículo 21 del Código General del Proceso⁴³.

67. Encuentra esta Sala de Revisión que la declaración de falta de legitimación en un proceso de única instancia impidió que los abuelos acreditaran las condiciones que le permitirían poder visitar a su nieto, violando su derecho fundamental al debido proceso, pues lo cierto es que los abuelos de DART sí están legitimados para solicitar la regulación judicial de visitas a su nieto.

68. Cuestión distinta es que el otorgamiento de este derecho, y las condiciones bajo las cuales habrá de ser ejercido, dependerán de las circunstancias particulares del entorno familiar del menor, asunto que deberá ser debidamente valorado por el juez de conformidad con lo que a este respecto se establezca probatoriamente en el respectivo proceso.

4. Síntesis de la decisión

69. El señor CRRB y la señora LMBT presentaron acción de tutela en contra de Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta y AMTR por la expedición de la providencia de 9 de noviembre de 2017, dentro del proceso de Regulación de Visitas, al “*Declarar probada la excepción de mérito de “falta de la legitimación en la causa” por los motivos anotados⁴⁴*”, por violación al derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia.

70. Con respecto a los requisitos generales de tutela contra providencia judicial, esta Sala evidencia su cumplimiento.

71. De igual manera, evidenció la configuración del defecto sustantivo, por interpretación contraevidente, toda vez que la Sentencia de 7 de noviembre de 2017 soslayó la aplicación del artículo 44 constitucional y no tuvo en cuenta el precedente de esta Corte, el cual reconoce el derecho de la familia extensa al acceso a la administración de justicia para la regulación de visitas a menores de edad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

⁴³ Ley 1564 de 2012.

⁴⁴ Folios 7 y 8, cuaderno 1.

Primero.- REVOCAR la decisión del 1º de febrero de 2018 de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta. En consecuencia, **CONCEDER** la tutela para proteger el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia de los accionantes.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 9 de noviembre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo de Familia en Oralidad de Santa Marta dentro del Proceso de Regulación de Visitas promovido por CRRB y LMBT en contra de AMTR, que desestimó la excepción de mérito por falta de legitimación por activa, para que, en su lugar, se resuelva de fondo sobre la solicitud de regulación de visitas a DART, con garantía del debido proceso de las partes y del interés superior del menor.

Tercero.- ORDENAR que, por medio de la Secretaría General, se devuelva al Juzgado Segundo de Familia de Santa Marta, el expediente de tutela N° 470013160-002-2017-00209-00.

Cuarto.- Por Secretaría General líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General