**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO**

****

**PEREIRA RISARALDA**

**MAGISTRADO PONENTE: FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Radicación No.: 66001-22-05-000-2016-00169-00

Proceso: Tutela 1º Instancia

Accionante: Reina María Moreno Moreno

Accionado: Dirección Nacional de la Policía y otros

Providencia Primera Instancia

*Tema:* ***Tutela contra particulares. Procedencia. Indefensión.*** *La acción de tutela, como fue planteada en el artículo 86 de la Carta Política, fue instituida para que cualquier persona le pida a un Juez que le proteja los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública y, excepcionalmente, de los particulares. El Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela, estableció en su artículo 42, en qué casos es procedente la acción de tutela contra particulares. La norma y la jurisprudencia coinciden en que cuando es un menor de edad el afectado, debe presumirse la indefensión, ello por la circunstancia evidente y palmaria de debilidad en que se encuentran. Y ello se hace aún más evidente, cuando el presunto trasgresor de los derechos del menor es uno de los progenitores, quienes de acuerdo al mismo texto constitucional (art. 44), son los primeros llamados a garantizar los derechos fundamentales de los menores, de ahí que, sea procedente incoar una acción de tutela contra un particular, por la situación de indefensión en que se encuentra el menor titular de los derechos fundamentales.* ***Derecho a la educación de los niños, niñas y adolescentes. Elementos.******Límites del Juez de Tutela.*** *El derecho que actualmente se debate es el de la educación de los menores, el cual según la constante línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, consiste esencialmente en la garantía de disponibilidad, acceso, permanencia y calidad, lo que consiste grosso modo, en que se cuente con las instituciones educativas necesarias para la demanda educativa; la exigencia de unos requisitos básicos y razonables que permitan ingresar a una institución determinada; la vocación de permanencia a lo largo de todos los grados educativos y que los contenidos del servicio educativo cumpla con unos estándares de calidad mínimos, que permitan establecer la idoneidad y la aceptabilidad de los mismos. Cuando cualquiera de estos elementos sea afectado, desconocido o mermado, el Juez de tutela está llamado a intervenir y corregir la situación, amparando el derecho a la educación.*

Pereira, ocho (08) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

### Acta número \_\_\_ del 08 de agosto de 2016.

Se dispone la Sala a resolver, mediante este proveído, la petición de amparo constitucional invocada por la señora ***Reina María Moreno Moreno*** *en representación de sus hijos menores* ***Hamid Andrés y Saray Rivera Moreno***  contra la ***Dirección General de la Policía Nacional, la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, la Institución Educativa de la Policía Nacional “Nuestra Señora de Fátima” y el señor Mario Alberto Rivera Sánchez* ,** por la presunta violación de su derecho fundamental a la educación.

#### *IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES*

* ***ACCIONANTE:***

Se trata de la señora Reina María Moreno Moreno, identificada con c.c. No. 41.945.495 de Armenia, quien actúa como representante legal de sus hijos menores Hamid Andrés y Saray Rivera Moreno.

* ***ACCIONADOS:***
* Dirección General de la Policía Nacional, en cabeza del Mayor General Jorge Hernando Nieto Rojas.
* Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, en cabeza del Coronel William Ernesto Ruiz Garzón.
* Institución Educativa Nuestra Señora de Fátima, representada por el Rector Capitán Manuel Ricardo Saavedra Mojica.
* El señor Mario Alberto Rivera Sánchez, identificado con la c.c. No. 10.143.665 de Pereira, quien actúa por medio de apoderado judicial.

I. ***HECHOS JURIDICAMENTE RELEVANTES***

Relata la accionante que solicitó la inscripción de sus hijos menores en la Institución Educativa de la Policía Nacional, por ser hijos del patrullero Mario Alberto Rivera Sánchez, que recibió respuesta negativa, dado que el gendarme no está afiliado al programa de Bienestar Social de la Policía Nacional, que el padre de los menores se ha negado a afiliarse al aludido programa de Bienestar Social, que se le impuso cuota alimentaria en el Juzgado Cuarto de Familia de esta ciudad por valor de $500.000 y que se intentó llegar a una conciliación respecto a la afiliación del señor Rivera Sánchez al aludido programa, sin efectos positivos.

Como corolario de los hechos narrados, pretende la accionante que se le ordene al señor Mario Alberto Rivera Sánchez que se vincule al programa de Bienestar Social para poder ingresar a sus hijos a la Institución Educativa de la Policía.

Ante ¨la existencia de puntos ambiguos en el escrito de tutela, se convocó a la accionante a una declaración, en la que indica que la Institución Educativa le indicó que por no estar el padre afiliado al Programa de Bienestar de la Policía, resultaba más costosa la matrícula y la mensualidad que debía pagar por cada niño, que tales valores eran descontables por nómina, que ha preguntado en otras instituciones educativas pero que también sale muy costosa la mensualidad, que en la decisión del Juzgado de Familia no se dispuso nada respecto a la asunción de los costos educativos, que quiere la mejor educación para sus hijos y que ello no lo encuentra en el sector público, por eso quiere ingresarlos en dicha institución.

II. *CONTESTACIÓN*

Admitida la acción, se notificó a los coaccionados, las cuales allegaron respuesta así:

El Colegio Nuestra Señora de Fátima, por medio del rector, allegó respuesta en la que indica que el único presupuesto para matricular a los menores a esa institución es que los padres estén afiliados a los programas de Bienestar Social de la Policía Nacional.

Por su parte la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional, allegó respuesta indicando que mediante Resolución No., 00434 del 11 de febrero de 2016, se reglamentó el tema de la afiliación al programa, la cual es absolutamente voluntaria y, al ser la Institución Educativa “Nuestra Señora de Fátima” uno de los beneficios de dicho programa, para poder disfrutarlo, es necesario que el patrullero Mario Alberto Rivera Sánchez se afilie y éste ha optado, en forma voluntaria, por no hacerlo.

Finalmente, se pronunció el señor Rivera Sánchez, quien se opone rotundamente a que se ordene su afiliación al programa, pues destaca que actualmente, por concepto de cuotas alimentarias está pagando una suma equivalente al 50% de sus ingresos, por lo que de imponérsele la carga de pagar aportes al Programa de Bienestar Social de la Policía Nacional, más los descuentos por mensualidades, se afectaría su mínimo vital.

La Dirección General de la Policía Nacional guardó silencio.

III. *CONSIDERACIONES.*

***Problema jurídico a resolver.***

*¿Es posible que mediante la acción de tutela, se obligue al señor Mario Alberto Rivera Sánchez a afiliarse al programa de Bienestar Social de la Policía Nacional, para que sus hijos menores puedan acceder a la Institución Educativa Nuestra Señora de Fátima?*

***Desarrollo de la problemática planteada***

Para resolver el asunto en cuestión, es indispensable verificar en primer lugar, la procedencia de la acción de tutela contra particulares y en segundo el principio de subsidiariedad de la acción de amparo.

La acción de tutela, como fue planteada en el artículo 86 de la Carta Política, fue instituida para que cualquier persona le pida a un Juez que le proteja los derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad pública y, excepcionalmente, de los particulares. El Decreto 2591 de 1991, que reglamentó la acción de tutela, estableció en su artículo 42, en qué casos es procedente la acción de tutela contra particulares, indicando lo siguiente:

*“Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:*

1. *Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.*

*2. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación del servicio público de salud para proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.*

*3. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud este encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.*

*4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivo la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.*

*5. Cuando contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace el artículo 17 de la Constitución.*

*6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas corpus, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.*

*7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas. En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren la eficacia de la misma.*

*8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.*

*9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”.*

Frente al tema de la indefensión, señalada en el numeral 9º de la norma citada, la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha encargado de precisar los alcances de esta normatividad, señalando que la misma debe verificarse en el caso puntual, teniendo en cuenta para el efecto varios aspectos Así lo ha dicho literalmente la Corte[[1]](#footnote-1):

*“La jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que la indefensión comporta una relación de dependencia originada en circunstancias de hecho, donde la persona “(…) ha sido puesta en una situación que la hace incapaz de repeler física o jurídicamente las agresiones de las cuales viene siendo objeto por parte de un particular, las cuales ponen en peligro sus derechos fundamentales. En otras palabras, no tiene posibilidades jurídicas ni fácticas para reaccionar defendiendo sus intereses.” Ilustrativamente, la condición de indefensión suscita una posición diferencial de poder y una desventaja cuyas consecuencias las soporta el extremo más débil de la relación. En ese sentido, la Corte ha identificado algunas situaciones que pueden revelar dicha condición, tales como: “(i) cuando la persona está en ausencia de medios de defensa judiciales eficaces e idóneos que le permitan conjurar la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular; (ii) [cuando alguien] se encuentra en situación de marginación social y económica; (iii) [cuando se trata de] personas de la tercera edad; (iv) [cuando se trata de] discapacitados; (v) ó de menores de edad (Sentencia T-438 de 2010); (vi) [cuando es imposible] satisfacer una necesidad básica o vital, por la forma irracional, irrazonable y desproporcionada como otro particular activa o pasivamente ejerce una posición o un derecho del que es titular; (vii) [cuando] existe un vínculo afectivo, moral, social o contractual, que facilit[a] la ejecución de acciones u omisiones que result[an] lesivas de derechos fundamentales de una de las partes como en la relación entre padres e hijos, entre cónyuges, entre copropietarios, entre socios, etc y, (viii) [cuando se usan ] medios o recursos que buscan, a través de la presión social que puede causar su utilización, el que un particular haga o deje de hacer algo en favor de otro (Sentencias T-277 de 1999 y T-761 de 2004, recordadas en la sentencia T-714 de 2010).”*

La norma y la jurisprudencia coinciden en que cuando es un menor de edad el afectado, debe presumirse la indefensión, ello por la circunstancia evidente y palmaria de debilidad en que se encuentran. Y ello se hace aún más evidente, cuando el presunto trasgresor de los derechos del menor es uno de los progenitores, quienes de acuerdo al mismo texto constitucional (art. 44), son los primeros llamados a garantizar los derechos fundamentales de los menores, de ahí que, sea procedente incoar una acción de tutela contra un particular, por la situación de indefensión en que se encuentra el menor titular de los derechos fundamentales.

En cuanto al carácter subsidiario de la acción de tutela, se tiene que el Decreto 2591 de 1991, se encarga de señalar que el amparo es improcedente cuando quiera que el titular de los derechos afectados cuente con otros recursos o medios de defensa judicial (num. 1º Art. 6º) y del tema se ha ocupado ampliamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, siendo pacifica su postura desde sus inicios, en cuanto a indicar que por regla general, la tutela no es viable cuando existe otra forma de defender los derechos fundamentales en discusión, debiendo verificarse en cada caso puntual la idoneidad de los existentes.

Y esa idoneidad debe cotejarse frente al derecho reclamado, es decir, necesariamente deben tenerse en cuenta las características de la garantía en disputa, para determinar con total certeza, si esa otra vía es apta para salvaguardar el derecho en los términos necesarios en el caso puntual.

El derecho que actualmente se debate es el de la educación de los menores, el cual según la constante línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, consiste esencialmente en la garantía de disponibilidad, acceso, permanencia y calidad, lo que consiste grosso modo, en que se cuente con las instituciones educativas necesarias para la demanda educativa; la exigencia de unos requisitos básicos y razonables que permitan ingresar a una institución determinada; la vocación de permanencia a lo largo de todos los grados educativos y que los contenidos del servicio educativo cumpla con unos estándares de calidad mínimos, que permitan establecer la idoneidad y la aceptabilidad de los mismos. Cuando cualquiera de estos elementos sea afectado, desconocido o mermado, el Juez de tutela está llamado a intervenir y corregir la situación, amparando el derecho a la educación.

Pues bien, en el asunto bajo análisis, se alega por la accionante la violación del derecho fundamental a la educación de sus menores hijos, por acción directa de su progenitor e indirecta de las demás entidades convocadas al juicio de tutela. Las razones que estructuran esa petición de tutela, son esencialmente la imposibilidad de inscribir a sus hijos en la Institución Educativa de la Policía, ante la negativa del señor Mario Alberto Rivera Sánchez de afiliarse a los programas de Bienestar Social de la Policía Nacional, requisito previo y necesario establecido por los reglamentos de la Institución.

Debe, además, tenerse en cuenta, que mediante decisión judicial, adoptada en el Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, el señor Rivera Sánchez se encuentra pagando una mesada alimenticia para los dos menores, por valor de más de $500.000, cifra que equivale al 33% de la remuneración percibida por aquel, tal como quedó acordado en la audiencia de conciliación celebrada en el Juzgado Cuarto de Familia de esta capital.

Partiendo de estos dos hitos, encuentra la Sala que entran en contraposición dos derechos. El derecho de determinación o libre escogencia del señor Rivera Sánchez a ingresar o no al programa de beneficios sociales de la Policía Nacional y, el derecho de los menores a ingresar al sistema educativo de la Policía Nacional. Y ponderando ambos derechos, es indispensable aplicar la cláusula contenida en el artículo 44 de la Carta Política, que enuncia la primacía, sobre todos los demás, de los derechos fundamentales de los niños. Y en este caso, es evidente que la autonomía de la voluntad del señor Rivera Sánchez, debe ejercerse de manera tal que primen los derechos de sus menores hijos, pues las cargas que implican la satisfacción del catálogo de garantías que estos tienen, pesan inicialmente sobre la familia (inciso 2º del art. 44 C.P. en concordancia con el inciso 5º art. 42 ib.), máxime que no se puso de presente circunstancia alguna que permita considerar que libre escogencia no es arbitraria o caprichosa.

Por tanto, ante la primacía de los derechos de los niños, se hace necesario remover el obstáculo que impide el adecuado ejercicio de los mismos en este caso, el cual es la omisión en la afiliación por parte de Rivera Sánchez, por lo que, en aplicación del canon 4º constitucional, se inaplicarán para este caso puntual, el artículo 2º y el numeral 3º del artículo 6º de la Resolución No. 00434 del 11 de febrero de 2016 “Por la cual se establece la afiliación a los programas de la Dirección de Bienestar Social” y se ordenará tanto a la Dirección General, como a la de Bienestar Social de la Policía Nacional, que procedan a vincular al patrullero Mario Alberto Rivera Sánchez al programa de Bienestar Social de la Policía Nacional y le efectúen los descuentos respectivos sobre la afiliación, por medio de la pagaduría.

A la Institución Educativa Nuestra Señora de Fátima, se le ordenará que se autorice la inscripción de los menores Hamid Andrés y Saray Rivera Moreno y si cumplen con los restantes requisitos que se exijan, se vinculen los mismos y se efectúe el descuento por nómina al señor Mario Alberto Rivera Sánchez, del valor de la matrícula del año lectivo 2017 por ambos menores. Ello, por cuanto en esta época del año, es que se definen los cupos de ingreso al colegio y se determina el valor a pagar por concepto de matrícula, siendo por tanto imposible que el Juez de Familia alcance a regular el tema antes de que sea inviable el ingreso de los menores al sistema educativo de la Policía Nacional.

En cuanto al valor de la mensualidad o pensión que se cobre en la institución educativa y las matrículas para los años subsiguientes, se tiene que en virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, no puede por esta vía imponerse tal condena, pues es claro que se estaría invadiendo de manera flagrante la competencia del Juez de Familia en la regulación del tema de alimentos, por lo que será ante dicha jurisdicción y con el seguimiento de los procedimientos allí dispuestos, que se ventile y decida definitivamente este tema, teniendo en cuenta que de disponerse el pago de estos rubros al accionado, sin consultar la cuota fijada, puede sobrepasar el límite fijado por la ley en cuanto al descuento por este concepto, así mismo de imputarse este pago a la cuota alimentaria fijada, podría llevar consigo a disminuir el dinero a recibir por el alimentario de manera considerable, pues debe tenerse en cuenta que la cuota alimentaria comprende los gastos para la educación.

Se dispondrá remitir copia de esta orden de tutela al Juzgado Cuarto de Familia de Pereira, para los fines que estime pertinentes.

En mérito de lo expuesto***, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

***RESUELVE***

**1º. *Tutelar*** el derecho fundamental a la educación de los menores Hamid Andrès y Saray Rivera Moreno, representados por su progenitora Reina María Moreno Moreno***.***

***2º*** Como consecuencia de lo anterior se dispone la inaplicación de los artículos 2º y el numeral 3º del artículo 6º de la Resolución No. 00434 del 11 de febrero de 2016 “Por la cual se establece la afiliación a los programas de la Dirección de Bienestar Social” expedida por el Director General de la Policía Nacional de Colombia y se ordenará tanto a la Dirección General de la Policía Nacional en cabeza del Mayor General Jorge Hernando Nieto Rojas, como a la Dirección de Bienestar Social de la Policía Nacional en cabeza del Coronel William Ernesto Ruiz Garzón, que por medio del pagador que procedan a vincular al patrullero Mario Alberto Rivera Sánchez al programa de Bienestar Social de la Policía Nacional y le efectúen los descuentos respectivos.

A la Institución Educativa Nuestra Señora de Fátima, representada por el Señor Rector Capitán Manuel Ricardo Saavedra Mojica, se le ordenará que se autorice la inscripción de los menores Hamid Andrés y Saray Rivera Moreno y si cumplen con los restantes requisitos que se exijan, se vinculen los mismos y se efectúe el descuento por nómina al señor Mario Alberto Rivera Sánchez, del valor de la matrícula del año lectivo 2017 por ambos menores.

**3º. Remitir** al Juzgado Cuarto de Familia de Pereira copia de esta orden de tutela, para los fines que estime pertinentes.

**4º. *Notificar***a las partes el contenido de este fallo en los términos del artículo 16 del Decreto 2591 de 1991, informándoseles que el mismo puede ser impugnado dentro de los tres días siguientes a la notificación.

***5º. Disponer,***que en caso de que la presente decisión no fuese impugnada, se remita el expediente para ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretaria

1. T-676/15. [↑](#footnote-ref-1)