

Sentencia T-1399/00

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-Decisión provisional sobre quien debe velar por cuidado del menor

En este caso, por razones de naturaleza constitucional y de tratados internacionales que obligan al Estado Colombiano, la decisión provisional sobre quién debe velar por el cuidado del niño, recae en el Instituto de Bienestar Familiar, decisión que para ser definitiva está sujeta a la homologación judicial. Es decir, que quien califica las condiciones afectivas, económicas, morales, de cuidado, etc. que debe reunir quien tenga a su cuidado al niño, es el Estado y no los particulares. No significa que la Sala desconozca que el demandado prodigó los cuidados indispensables al niño que le fue entregado provisionalmente por el padre. Pero, este hecho no hace a los demandados, por sí solos, poseedores de derechos por encima de los del propio menor o de sus padres biológicos.

Referencia: expediente T-354.156

Acción de tutela instaurada por Angelino Saúl Díaz Mogollón contra Luis Carlos Salazar, particular.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., a los diez y nueve (19) días del mes de octubre del año dos mil (2.000).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que hizo el Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección de Tutelas Número Ocho de la Corte, en auto de fecha 28 de agosto del año 2000, eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

Para la protección de la identidad del niño sobre el que gira toda esta acción de tutela, se hará referencia a él como el niño o el menor, o el hijo. Es decir, siempre con expresiones generales.

## I. ANTECEDENTES.

El actor presentó acción de tutela ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Cerrito, Valle, el día 6 de abril del 2000, por considerar que el señor Luis Carlos Salazar al negarse a entregar a la madre a su hijo, de 7 meses de edad, está violando sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y los derechos de la familia y del niño, consagrados en la Constitución en los artículos 13, 29, 42 y 44. Solicita que el Fiscal Seccional cite y haga comparecer al demandado, pues su hijo está retenido arbitrariamente. Explica que su compañera permanente, cuando hace 7 meses tuvo al niño, por la precaria situación económica que atravesaban, pues tanto el actor como la madre se encontraban en la cárcel, decidieron dejarlo al cuidado de la esposa del señor Salazar, con el compromiso de que cuando salieran del sitio de reclusión, los señores Salazar Zambrano lo devolverían. No obstante, esto no ocurrió.

Señala que cuando la madre salió de la cárcel y consiguió un trabajo, fue a reclamar al niño, pero el señor Salazar se negó a ello. Acudieron, entonces, a la Comisaría de Familia, en donde, el Comisario, después de consultar con el Instituto de Bienestar Familiar de Palmira, optó porque se pusiera un denuncia ante la Fiscalía.

Manifiesta que aunque en un principio la entrega del niño fue voluntaria, ahora hay mala intención del señor Salazar, al no devolverlo.

Adjunta como prueba el registro civil del menor.

Primero. Actuación procesal.

Antes de admitir esta acción, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Cerrito citó al actor con el fin de que ampliara la demanda. En esta ampliación, el actor manifestó que se encuentra detenido, que acudió al Comisario de Familia para lograr la entrega del menor y que este funcionario no lo ha hecho.

Una vez admitida la demanda, el Juzgado consideró que la misma está dirigida también

contra el Comisario de Familia. En consecuencia, ordenó notificarlo y al señor Salazar, escuchar sus declaraciones y la de la madre del menor. Además, solicitó información a la Fiscalía.

Segundo. Resumen de las declaraciones y documentos que obran en el expediente.

Son numerosos los documentos que obran en el expediente allegados por el a quo antes de dictar la sentencia correspondiente. El contenido de los mismos y de los que resultan pertinentes a esta acción, se resumen a continuación.

2.1 Declaración de Paola Velásquez, madre del menor. Tiene 19 años. Este que es su segundo hijo, el cual vive con sus padrinos, los señores Luis Carlos Salazar y Amparo Zambrano, que son el demandado y su esposa. Señala que cuando le llegó la orden de captura, habló con el papá del niño y le dijo que iba a entregarlo a Bienestar Familiar. Pero éste le manifestó que mejor lo dejaran bajo el cuidado de quienes iban a ser los padrinos. Para la época en que fue a nacer el niño, estuvo en libertad, con suspensión de pena, y durante el período de lactancia. A los 8 días de nacer el niño, lo entregó a la familia Salazar. Después, viajó al Caquetá, pues su mamá estaba enferma. A los dos meses fue a reclamar al menor y la familia Salazar le dijo que el papá, que estaba en la cárcel, había firmado una solicitud al Comisario de Familia, en la que pedía que a ella no le fueran a entregar el niño, y que la familia Salazar continuara con su custodia. Requerida por el juez por las razones por las que esta acción de tutela la pone el padre y no ella, pues se trata de lograr que a ella se le entregue el menor, manifestó que está de acuerdo con la acción de tutela presentada por el actor y pide que se ordene la entrega de su hijo. Agrega que fue absuelta del delito que se le imputaba, que está trabajando y que, por estas razones, puede responder por el niño. (folios 11 y 12).

2.2 A folio 13, obra un escrito del actor dirigido al Comisario de Familia, de fecha 19 de octubre de 1999, en el que autoriza a la familia Salazar Zambrano tener al niño. Dice el documento que “La presente petición la hago con base a que en la actualidad me encuentro privado de la libertad, y la madre del menor se encuentra disfrutando de una suspensión de la pena mientras dura el período de lactancia del infante. Quiero manifestar a usted que esta decisión la he tomado debido a que la madre del niño lleva una vida desordenada, y no ejerce ningún control sobre el cuidado del menor lo cual lo pone en grave riesgo. (...) Así

mismo en el caso de que la madre del menor insista en retirarlo de allí tomar las medidas necesarias para proteger el menor.”

2.3 En auto del Comisario de Familia, sin fecha, se resuelve autorizar, de manera provisional, a Luis Carlos Salazar y Amparo Zambrano para que se encarguen del cuidado del menor, hasta que al padre se le resuelva la situación jurídica. A la madre se le autorizan las visitas a que hubiere lugar. (folio 15)

2.4 En una nueva ampliación de los hechos que originan esta acción, el juez de tutela le solicita al actor informar sobre la autorización antes mencionada y, especialmente, sobre lo afirmado por él sobre la clase de vida que lleva la madre y el peligro que representa para el menor, tenerlo consigo. Sobre el asunto, el actor explicó que cuando la madre del niño salió de la cárcel, volvió a trabajar en los bares, ejerciendo la prostitución. Tomaba mucho licor y consumía drogas, por lo que temía que algo le pudiera suceder al niño, o en manos de qué personas pudiera caer. Pero que ahora solicita que le devuelvan al niño, porque la madre ha cambiado mucho en los últimos 4 meses, desde que está trabajando donde una prima del actor, Esperanza Soto, y allí puede tener al menor. (folios 19 y 19 vuelto)

2.5 Declaración del Comisario de Familia de El Cerrito, Valle, doctor José Antonio Jaramillo. Al ser preguntado por el juez de tutela sobre las razones por las que no se ha entregado el menor a la madre, explicó que habiendo solicitado a Bienestar Familiar el procedimiento a seguir, se le informó que, según la sentencia de la Corte Constitucional C-41 de 1994, los funcionarios administrativos no pueden retirar abruptamente a un menor del sitio en que se encuentra, si no está en situación de peligro. Señaló que la señora Zambrano, que tiene a su cargo el niño, desde el día anterior a esta diligencia, manifestó su disposición de entregarlo al Instituto de Bienestar Familiar, pero que aún no lo ha hecho. Sabe que el padre del menor puso un denuncia ante la Fiscalía por el presunto delito de secuestro. Manifiesta que ha comprobado que el niño está muy bien cuidado en el hogar de los Salazar Zambrano, y que éstos están adelantando diligencias ante el Bienestar Familiar. (folios 20 a 22)

2.6 Obra una constancia de fecha 3 de abril del 2000, suscrita por el Comisario de Familia y el demandado Luis Carlos Salazar, que los padres del menor se abstienen, expresamente, de firmar, en la que se señala que se trató de llegar a un acuerdo conciliatorio sobre la entrega del menor a sus padres, pero que el señor Salazar no accedió. (folio 23)

2.7 Se encuentra, también, copia de la visita practicada el 5 de abril del 2000, por la Promotora de salud de la Comisaría de Familia, en la que consta que el menor no se encuentra en situación de peligro al lado de los Salazar Zambrano (folio 24)

2.8 Hay una constancia del 6 de abril del 2000, suscrita por el Comisario de Familia y la señora Zambrano. En ella, la señora Zambrano explica por qué no entrega el niño a los papás. Señala que la propia mamá dice que el papá no es quien figura en el registro civil, sino un señor Saavedra, que se ha hecho presente en su hogar, en tal condición. Dice que la madre le dejó el niño desde los 2 o 3 días de nacido. Inicialmente iba a visitarlo, pero, después desapareció durante 2 meses. El niño corre peligro con la mamá que es consumidora de drogas y marihuana, y ahora está vendiendo droga. La madre ha tendido otros hijos, que los ha regalado. Dice la señora Zambrano que algunas personas le han informado que la madre estaba en plan de vender al menor en \$700.000,00. Por eso, manifiesta al Comisario que no quiere que el niño sea entregado a los padres sino a Bienestar Familiar, y, para ello, se compromete a que al día siguiente a esta declaración, es decir, el 7 de abril del 2000, pondrá al niño a disposición del Juzgado Primero Promiscuo de El Cerrito. (folio 25 y 25 vuelto)

2.9 Declaración ante el juez de tutela del demandado, Luis Carlos Salazar, de fecha 7 de abril del 2000. Relató, básicamente, la forma como llegó el menor a su hogar y las buenas condiciones en que se encuentra. Se opone a la prosperidad de la tutela, pues el niño no se encuentra en situación de peligro. (folios 26 a 29)

3. Medida provisional. En auto del 7 de abril del 2000, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Cerrito, resolvió tomar la medida provisional de que el menor sea entregado, en forma inmediata, al Instituto de Bienestar Familiar de Palmira. Esta medida la adoptó el juez de tutela con base en el artículo 7 del decreto 2591 de 1991. (folios 40 a 41)

3.1 Se dio cumplimiento a esta medida provisional, por parte del Comisario de Familia y de la Personera. A la encargada de protección del Instituto fue entregado el niño. Los funcionarios que cumplieron la orden, manifestaron que la señora Zambrano se afectó emocionalmente con esta situación y tuvo que ser atendida en el hospital. (folio 106)

3.2 El demandado impugnó, el 10 de abril del 2000, esta medida provisional. Señaló que según el derecho canónico, siendo él y su esposa los padrinos del niño, como consta en la

partida de bautismo que acompaña, existen vínculos sentimentales o espirituales con el menor, que los convierten en padres sustitutos. Además, el papá del menor fue quien les pidió que fueran los padrinos. Puso de presente el grave trauma que le causó a su esposa el haber entregado al niño, a pesar de que ningún funcionario público estaba autorizado para ello, pues el menor no corría peligro.

3.3 Sobre la situación jurídica de los padres del menor, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Palmira informó que en sentencia del 1 de octubre de 1999, el actor fue condenado por hurto calificado, agravado en concurso con porte ilegal de armas de fuego de uso personal, a la pena de 40 meses de prisión y al pago de \$1´800.000,00, por perjuicios materiales. Se le negó el subrogado penal. (folio 86). En cuanto a la situación jurídica de la madre, el Juez Segundo Penal del Circuito de Palmira informó que fue procesada del delito de hurto calificado y porte ilegal de armas de fuego, pero que por sentencia del 9 de noviembre de 1999, fue absuelta de los cargos. (folio 107)

3.4 También obra en el expediente la versión libre ante la Fiscalía Seccional, suministrada por el demandado, de fecha 11 de abril del 2000, originada en la denuncia penal del padre del menor. (folios 120 a 124 vuelto)

Tercero. Sentencia de primera instancia.

En sentencia del 25 de abril del año 2000, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de El Cerrito, Valle, concedió la tutela, como mecanismo transitorio, de protección de los derechos fundamentales al debido proceso, a la protección integral de la familia y los derechos del menor. Y profirió las siguientes órdenes: al Bienestar Familiar que resuelva de manera definitiva la entrega del menor, dentro de los procedimientos y trámites establecidos ; que la medida provisional adoptada, de permanencia del menor en el Instituto, se extienda hasta la cuando se reuelva la suerte del niño ; previno al Comisario de Familia para que no vuelva a incurrir en las omisiones que originaron la tutela; compulsó copias a la Personería municipal con el fin de que investigue las presuntas irregularidades del Comisario de Familia y remitió copias de la sentencia a la Fiscalía para que haga parte de al investigación penal que se adelanta.

El Juzgado examinó cada uno de los derechos invocados por el actor como presuntamente vulnerados. Sobre la igualdad no consideró que el Comisario de Familia o el Fiscal 134 hayan

incurrido en violación. El debido proceso resultó vulnerado por el Comisario de Familia, pues éste no ha tenido una actuación diligente e inmediata frente al problema del menor. Ha habido un incompleto trámite o procedimiento para salvaguardar sus derechos fundamentales. No ha informado a las autoridades competentes, esa decir, al Instituto de Bienestar Familiar, sobre este asunto. En cuanto al derecho a la protección integral de la familia, consagrado en el artículo 42 de la Carta y los derechos del niño, artículo 44, también resultaron afectados por el señor Salazar y por el Comisario de Familia, al negarse a que el menor fuera entregado a la madre. La actuación del particular resulta arbitraria y contraria a la Constitución y la ley, pues no existe ninguna acto legal que le permita al demandado tener la custodia del niño. No ha adelantado ningún trámite ante el Bienestar Familiar, sólo tiene una cita futura.

Manifiesta el juez que no ordena la entrega del niño a la madre pues “no es ciego y también puede observar el riesgo que implica entregar el menor a su señora madre sobre la cual se ha objetado y tachado moralmente su conducta. De lo anterior, obran pruebas testimoniales y documentales dentro de esta actuación que concluyen al menos una conducta dudosa moralmente de la señora Paula Andrea Velásquez” (...) “Respecto al padre sería imposible ordenar la entrega a su favor por cuanto se encuentra cumpliendo una condena en la Cárcel de esta municipalidad (...)”

En consecuencia, el juez ordenó entregar el menor al Instituto de Bienestar Familiar, para que “decida dentro de su competencia sobre la posibilidad o no entregar el menor a su progenitora o en su defecto resuelvan su situación irregular, dentro de los términos y procedimientos establecidos para dicha institución administrativa.” (folios 129 a 154)

Cuarto. Impugnaciones.

El Comisario de Familia impugnó esta decisión. Señala que tal como lo manifestó en su declaración ante el juzgado, conociendo el destino que le esperaba al menor si hubiere ordenado la entrega a sus padres, destino que el propio juez de tutela confirmó en su decisión, y conociendo, también, las condiciones en que se encontraba el niño en el hogar de los Salazar Zambrano, no reconoce en dónde reside la omisión que le endilga el juez de tutela. Por el contrario, promovió una audiencia de conciliación para la custodia provisional del niño, efectuó visitas personales al sitio en donde estaba ubicado, recibió denuncia por su

retención, al que le dio trámite inmediato, consultó al Bienestar Familiar, en forma verbal, sobre el procedimiento a seguir, y acompañó a la entrega del niño en el Instituto en la ciudad de Palmira. Recuerda que su actuación está en todo de acuerdo con las sentencias T-217 de 1994 y C-041 de 1994. (folios 160 a 162)

El demandado, señor Salazar, también presentó escrito de impugnación. Señaló que el niño no podía ser retirado porque no se encontraba en situación de peligro. Adjuntó copias de las actuaciones ante el Bienestar Familiar encamiandas a lograr la devolución del menor. (folios 163 a 191)

Quinto. Sentencia de segunda instancia.

Antes de proferir la sentencia, el Juzgado Tercero de Familia de Palmira solicitó al Instituto de Bienestar Familiar copia de la actuación adelantada por esa dependencia, en relación con la protección del menor, y el diagnóstico médico de su estado de salud, cuando fue entregado a esa institución.

En sentencia del 31 de mayo del 2000, el Juzgado Tercero de Familia de Palmira revocó la sentencia impugnada, y, en consecuencia, denegó la acción de tutela, pero confirmó todo lo relacionado con la orden del a quo de poner al menor a disposición del Instituto de Bienestar Familiar. Señaló que, a diferencia de lo que ha ocurrido en otras decisiones de la Corte Constitucional, en este caso, el menor no es expósito, sino que tiene padres que lo reclaman. Se está ante una clara disputa del niño, entre los señores Salazar Zambrano, alegando su carácter de padrinos y los verdaderos padres. Señala que no se desconoce la labor generosa y solidaria de los Salazar con el niño. Sin embargo, la actitud del demandado es equivocada, ya que esta clase de conflictos debe resolverlos las autoridades competentes, es decir, el Instituto de Bienestar Familiar o los jueces de familia.

Cabe observar que el Juez hizo precisiones sobre la actuación del juez, cuya sentencia revisa. Considera que el a quo no tenía facultad para vincular al Comisario de Familia, pues contra él no iba dirigida la demanda. Tampoco podía vincular al Fiscal Seccional 134, vinculación que realizó, pero que en la decisión no se concretó. El a quo los vinculó con base en los interrogatorios hechos a raíz de la tutela presentada. Manifiesta que, según el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, es al actor al que le corresponde señalar contra quién dirige la acción, y no es competencia del juez de tutela hacerlo oficiosamente.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia.

La Corte es competente para conocer de esta demanda, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en los artículos 33 a 35 del decreto 2591 de 1991.

### 1. Lo que se debate.

En el presente caso se debate la procedencia de la acción de tutela, interpuesta por el padre de un menor de edad, para que el juez ordene al particular que lo tiene bajo su cuidado temporal, que lo entregue a la madre. Entrega a la que se ha negado el demandado. Cabe señalar que se trata de un niño que nació el 6 de septiembre de 1999.

Se recuerda que el origen de esta entrega temporal del niño a un particular, surgió por voluntad del padre, que solicitó, por escrito, al Comisario de Familia de El Cerrito, Valle, el día 19 de octubre de 1999, que el señor Luis Carlos Salazar y la señora Amparo Zambrano tuvieran, provisionalmente, al niño, bajo su cuidado y que, de ninguna manera fuera a ser entregado a la mamá, así lo reclamara. En el escrito, el actor explica los motivos de esta solicitud. Una de las razones está en que se encuentra privado de la libertad, y que, aunque la madre se encontraba en libertad para dar a luz y por período de lactancia, teme por el niño ya que “la madre del niño lleva una vida desordenada, y no ejerce ningún control sobre el cuidado del menor lo cual lo pone en grave riesgo. (...) así mismo en caso de que la madre del menor insista en retirarlo de allí tomar las medidas necesarias para proteger el menor.” (folio 13) En la ampliación de la demanda de tutela, el actor señaló que tomó esta decisión por la vida forma de vida que llevaba la madre, ya que trabajaba en bares como prostituta, tomaba mucho alcohol y consumía drogas. Pero, explicó al juez de tutela, que estas circunstancias habían cambiado y la madre se encontraba trabajando en labores domésticas, en una casa de una prima suya, donde podía tener al niño.

A su vez, el demandado que tienen al niño bajo su cuidado, desde que éste tenía 3 o 4 días de nacido, se opone a la entrega. Aduce que por las condiciones de vida que llevan los

padres, él está pagando una condena de prisión de 40 meses y la madre, por sus propias características personales y morales, ponen en peligro los derechos del niño. El demandado señala que a él y a su compañera permanente, como padrinos de bautismo del menor, les asiste todo el derecho de tenerlo a su lado, como padres sustitutos que son. Además, en su hogar, el menor se encuentra en muy buenas condiciones, en lo económico y en lo afectivo, como lo prueban los documentos de las visitas que la administración ha hecho. Dice que él y su esposa ya acudieron al Instituto de Bienestar Familiar para el trámite de adopción del niño.

El a quo allegó numerosas pruebas al proceso, y vinculó al Comisario de Familia y al Fiscal Seccional 134. Ordenó, como medida preventiva y en la sentencia, la confirmó, que el niño fuera entregado de forma inmediata al menor al Instituto de Bienestar Familiar de Palmira. Hecho que se cumplió el 7 de abril del año 2000. En la sentencia, el juez señaló que concedió la acción de tutela, y dictó otras órdenes relacionadas con las actuaciones del Comisario de Familia. Impugnada la decisión, el ad quem, denegó la acción, pero manifestó su conformidad con la decisión de haber ordenado la entrega del niño al Instituto.

También obran documentos correspondientes al trámite que el Instituto de Bienestar Familiar está adelantado, encaminado a lograr la protección que el niño requiere.

Por este aspecto, la Sala de la Corte señala que en el presente caso se está frente a un hecho superado, ya que para efectos de la protección del menor, éste se encuentra bajo la responsabilidad de la entidad que lo ha debido tener desde un principio.

Considera la Sala que el presente caso es el resultado de decisiones que fueron adoptadas por particulares, con la mínima intervención del Estado, representado en el Comisario de Familia, que desembocó en una clara disputa, entre particulares, de quién es mejor padre o madre para un niño. En este caso, se pusieron por encima de los intereses del menor, los criterios personales de cada una de las partes del conflicto. Unos alegan derechos nacidos en principios religiosos, como el ser los padrinos de bautismo del menor, criterio que puede ser respetable, pero no tiene la característica de obligar a terceros, como tampoco el hecho de haber cuidado, casi desde su nacimiento, al niño. La otra parte invoca su derecho en la mera circunstancia de ser padre o madre biológico. Derecho que, a pesar de poderse predicar como regla general, tampoco es absoluto.

La perspectiva que trazan la Constitución y los Convenios Internacionales en esta materia, en donde está de por medio el interés de un menor, es hacer prevalecer sus derechos, por encima de los derechos de los demás, trátase de sus padres biológicos, adoptivos, padrinos, etc. Así lo dice el artículo 44 de la Constitución : “Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Y se trata de un derecho fundamental. También tiene el carácter de derecho fundamental de los niños el “tener una familia y no ser separados de ella.” (art. 44 citado)

Surge el siguiente interrogante ¿qué debe hacer el Estado cuando la afectación de los derechos fundamentales del niño se da dentro del propio seno familiar, si la Constitución dice que no puede ser separado de ella ?

La respuesta la da la propia Constitución al hacer prevalecer el interés superior del menor (art. 44 citado). Entonces, si por razones de la prevalencia de tales derechos debe separarse al menor de su familia, tal decisión sólo podrá producirse mediante la intervención del Estado, sea de naturaleza administrativa o judicial. Este mismo sentido está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, Convenio aprobado por el Estado Colombiano por la Ley 12 de 1991, artículo 9, que dice, en lo pertinente:

“1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

“2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

“3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si es contrario al interés superior del niño.

“4. (...)”(se subraya)

Obsérvese que el Estado Colombiano al suscribir este Convenio se comprometió, en lo que resulta pertinente a esta tutela, a que el niño no será separado de sus padres contra la voluntad de éstos, pero, que si en aras del interés superior del menor, tal separación debe producirse, la decisión administrativa, en este caso del Instituto de Bienestar Familiar, debe estar sujeta a revisión judicial.

Fijada esta perspectiva, resulta coherente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en casos que, aparentemente son semejantes, contienen decisiones distintas. Por ello, no resultaba apropiado cuando el demandado se remite a la sentencia T-217 de 1994, para que sea aplicada a su caso particular, pues, tal como lo observó el ad quem, en esa oportunidad la Corte Constitucional ordenó que el menor no fuera sacado del hogar que lo había tenido bajo su cuidado, porque en aquel caso se trataba de un expósito y en el presente, el menor no lo es. En otras oportunidades, la Corte ha protegido el derecho de un menor a estar en un hogar sustituto especial, conformado por el propio padre biológico del menor, lo que es una situación excepcional, pero que puede darse por las razones que se expusieron en la sentencia T-414 de 1996. Estas y otras sentencias, como las T-278 de 1994; T-030 del 2000; T-715 de 1999; T-587 de 1998, entre otras, han desarrollado el principio de que la protección del niño rige por encima de la voluntad de los progenitores o de las personas que por alguna razón lo tenga bajo su cuidado.

En consecuencia, en este caso, por razones de naturaleza constitucional y de tratados internacionales que obligan al Estado Colombiano, la decisión provisional sobre quién debe velar por el cuidado del niño, recae en el Instituto de Bienestar Familiar, decisión que para ser definitiva está sujeta a la homologación judicial. Es decir, que quien califica las condiciones afectivas, económicas, morales, de cuidado, etc. que debe reunir quien tenga a su cuidado al niño, es el Estado y no los particulares. No significa que la Sala desconozca que el demandado prodigó los cuidados indispensables al niño que le fue entregado provisionalmente por el padre. Pero, este hecho no hace a los Salazar Zambrano, por sí solos, poseedores de derechos por encima de los del propio menor o de sus padres biológicos.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la decisión del a quo que resolvió que el demandado debía hacer entrega del menor al Instituto de Bienestar Familiar de Palmira. Hecho que,

como se dijo, ya se cumplió, y se están adelantando los procedimientos e investigaciones pertinentes. También se han adoptado las medidas protectoras a favor del menor. Prueba de ello son las copias que reposan en el expediente sobre la investigación de quién es el verdadero padre del niño; las declaraciones sobre la situación jurídica y laboral de la madre y de las personas que dicen que ella estaba ofreciendo el niño por una suma de dinero determinada. Además, se informó que el niño cuando fue entregado por el demandado al Instituto, y fue valorado médicamente, presentaba un retardo en el desarrollo psicomotor. El niño fue puesto inmediatamente en un hogar sustituto, y, trasladado, después a otro, pues el informe de la psicóloga determinó que requería atención personalizada, para que se le realice la terapia que requiere. El Instituto recibe informes sobre el desarrollo del menor. El Bienestar Familiar no consideró pertinente acceder a las numerosas solicitudes de los señores Salazar Zambrano de que se les entregue el niño, en calidad de hogar sustituto. El Comité de adopciones, en reunión del 24 de mayo del 2000, no aprobó a los señores Salazar Zambrano como hogar amigo para el menor (folios 380 y 381). Las razones para esta negativa están expuestas en los documentos que obran en el expediente, y no corresponde al juez de tutela entrar a valorarlas. Como tampoco las condiciones personales de los padres biológicos. Para ello están las autoridades competentes. Llama, si, la atención que las decisiones administrativas adoptadas por el Bienestar Familiar, como la de poner al menor en un hogar sustituto, no han sido objeto de impugnación por parte de los padres del menor.

Como quiera que la medida de “colocación familiar” del menor es provisional, pues no puede exceder de seis (6) meses, según dispone el Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, y que sólo, en forma excepcional, puede ser prorrogada por el Defensor de Familia, por causa justificada, en el presente caso y dada la situación del niño que originó esta acción de tutela, se ordenará al Instituto de Bienestar Familiar Regional Valle del Cauca, Centro Zonal #8 Palmira, que si el término de los seis meses ya venció o cuando éste venza, en forma motivada y previo estudio de la situación del menor, decida si es del caso prorrogar, por una sola vez esta medida provisional de protección. Concluido el término de la misma, dentro de los treinta (30) días siguientes, se enviará la actuación al Juez de Familia para que, previo el cumplimiento de los trámites previstos por la ley, decida lo pertinente en relación con el menor a que se refiere esta acción de tutela.

No sobra señalar que al manifestar esta Sala de Revisión la conformidad con la decisión del a quo de poner al menor bajo la responsabilidad del Instituto de Bienestar Familiar, signifique

que se considere que los señores Salazar Zambrano o la madre o ambos padres deban ser descartados como aptos para tener bajo su cuidado la niño. Se repite, lo que se busca es que la decisión final de las autoridades administrativas y judiciales proteja los intereses superiores del menor, de manera efectiva.

Sólo resta referirse al siguiente asunto : el a quo dijo conceder la acción de tutela, pero ordenó entregar al menor al Instituto de Bienestar Familiar. Esto no resulta coherente, pues, si la acción, como se recuerda, estaba encaminada a que se le entregara el menor a la madre, entonces, en estricto sentido, la acción fue denegada para lo pretendido por el padre, a pesar de la apariencia de acceder a ella.

El ad quem revocó la tutela, pero advirtió que compartía la decisión de ordenar la entrega del menor al Instituto de Bienestar Familiar. Aspecto que también comparte esta Sala de Revisión. También comparte la Sala las consideraciones que hizo sobre desvincular al Comisario de Familia de El Cerrito y al Fiscal Seccional 134 como partes demandadas en esta acción, porque el actor no la dirigió contra estas autoridades sino contra el señor Luis Carlos Salazar. Y precisó que no es el juez de tutela quien oficiosamente puede ampliar el número de demandados.

La Sala comparte estas precisiones del ad quem. Y señala que al confirmar la decisión del ad quem de denegar esta acción, lo hace en el sentido de que está de acuerdo con lo ordenado por el a quo respecto de la entrega que dispuso del menor al Instituto de Bienestar Familiar, y que la tutela, en el sentido pedido por el padre del menor, que se le entregue a la madre, no se concede.

Con las precisiones anteriores, se confirmará la sentencia del Juzgado Tercero de Familia de Palmira, Valle, de fecha 31 de mayo del año 2000.

### III. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE :

Primero : Confirmar la sentencia de fecha treinta y uno (31) de mayo del año dos mil (2000),

del Juzgado Tercero de Familia de Palmira, Valle, en la acción de tutela presentada por Angelino Saúl Díaz Mogollón contra el señor Luis Carlos Salazar.

Segundo : Ordenar al Instituto de Bienestar Familiar, Regional Valle del Cauca (Centro Zonal # 8 Palmira), que por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, si el término de “colocación familiar” en hogar sustituto ya venció, en forma motivada y previo estudio de la situación del menor, decida si es del caso prorrogar, por una sola vez esta medida provisional de protección. Concluido el término de la misma, dentro de los treinta (30) días siguientes, envíese la actuación al Juez de Familia para que, previo el cumplimiento de los trámites previstos por la ley, decida lo pertinente en relación con el menor a que se refiere esta acción de tutela.

Tercero : Para reservar la identidad del menor involucrado en este proceso, se ha suprimido su nombre.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de al Corte Constitucional y cúmplase.

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Magistrada (e)

CARLOS GAVIRIA DÍAZ

Magistrado

IVÁN H. ESCRUCERÍA MAYOLO

Secretario General (e)