

Sentencia No. T-178/93

La acción de tutela no está prevista en la Carta de 1991, para promover nuevas soluciones a los pleitos perdidos, ni para revivir o remover situaciones jurídicas amparadas con la fuerza de la Cosa Juzgada contenida en una providencia judicial en firme y, mucho menos, para impedir definitivamente su cumplimiento.

NORMA CONSTITUCIONAL-Vigencia

La entrada en vigencia de una nueva Constitución como la de 1991, producto de la misma legitimidad institucional y democrática de nuestro régimen político, no comporta el desconocimiento de las decisiones judiciales en firme que hayan puesto fin a situaciones de aquella naturaleza, so pena de producir una alteración jurídica contraria a la misma voluntad del Constituyente; y por el contrario, se puede afirmar que en ningún caso aparece manifestación expresa de aquel órgano de decretar la automática remoción de los efectos de las providencias judiciales, que se encontraban ejecutoriadas al momento de entrada en vigencia de la nueva normatividad superior.

DERECHOS DEL NIÑO/DERECHO A LA FAMILIA/PENA ACCESORIA/EXPULSION DEL TERRITORIO NACIONAL

Bajo los postulados de la nueva Constitución resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, por un lado la imposición, y por otro, la ejecución de una sentencia en la que se ordene la expulsión del territorio nacional a una persona extranjera que sea, y a la vez acredite, que es padre o madre de menores residenciados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia. La distancia física que se conforma por virtud de la expulsión del padre o de la madre extranjeros del menor legítimamente radicado en nuestro territorio, es, en principio, una barrera innecesaria e inhumana que se opone al disfrute de los derechos fundamentales de éstos y que, por lo tanto, no puede ser patrocinada indiscriminadamente por los jueces, al aplicar la pena accesoria de expulsión del territorio nacional. La sentencia sobre la que se dirigió la petición de tutela en este caso, se produjo antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento constitucional que elevó a rango jurídicamente superior y prevalente el

catalogo de los derechos de los menores, y por lo tanto no existía expreso condicionamiento normativo para efectos de la imposición de aquella pena accesoria.

#### PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO/REINGRESO AL TERRITORIO NACIONAL

La facultad administrativa para reingreso al país se encuentra ahora condicionada a la luz de los presupuestos normativos de la Carta de 1991, por la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores, lo cual comporta que la mencionada dependencia está en la obligación de examinar las condiciones concretas y específicas de la solicitud de visa, para reingreso del extranjero expulsado mediante sentencia ejecutoriada, para efectos de garantizar efectiva e inmediatamente los mencionados derechos fundamentales. En caso de cumplirse y ejecutarse la sentencia que ordena como pena accesoria la expulsión, el Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro de sus competencias constitucionales y legales, debe proceder a conceder la visa de reingreso solicitada, previa la pronta, inmediata y efectiva ponderación de la situación específica y concreta en que se encuentren los menores hijos de la solicitante, frente a la eventual separación física y a la mencionada barrera que se eleva entre unos y otros.

#### MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/REBAJA DE PENAS

Existe la vía judicial adecuada para provocar la cesación de la pena accesoria por cumplir y que resulta desfavorable y restrictiva frente a la nueva Carta, de la cual se puede desprender un tratamiento más favorable y menos restrictivo en el caso del extranjero padre o madre de unos menores radicados y asentados legítimamente en el territorio nacional, que mantienen una relación de familia que debe ser conservada. Se trata de uno de los eventos hipotéticamente planteados que bien puede ser resuelto por la vía judicial que se advierte en el artículo 510 del Código de procedimiento Penal; así las cosas, la peticionaria está en condiciones de adelantar la solicitud de rebaja de pena ante el juez de primera instancia y esta es la vía judicial que debe seguir para adecuar su reclamo a las disposiciones constitucionales y legales. Las decisiones de rebaja de pena no tienen la forma ni la materia de una sentencia judicial y que una vez agotados los recursos, sí admiten la actuación por vía de la acción de tutela para efectos de aplicar la ley permisiva o favorable en materia penal, mucho más tratándose de la entrada en vigencia de una nueva Constitución como la Carta de 1991, que impone a todos los jueces el deber de examinar la legislación ordinaria frente a

los nuevos postulados normativos, programáticos y finalísticos del ordenamiento que se acaba de expedir.

#### ACCION DE TUTELA TRANSITORIA

Es del caso conceder la tutela solicitada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que, como ocurre en el asunto que se examina, no se ha provocado el pronunciamiento judicial que procede a la luz de lo dispuesto por el transcrito artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, como vía judicial legítima para que, si es del caso, y en aplicación de la norma constitucional y de los postulados del Código Penal, y del mismo Código de Procedimiento Penal sobre la favorabilidad, se haga cesar la pena accesoria; así, la tutela que se concede se dirige contra las actuaciones administrativas que se enderecen a dar cumplimiento a la expulsión, pero por el término de cuatro meses.

REF.: Expediente No. T-8077

Acción de Tutela presentada “contra la aplicación de la Pena Accesoria de Expulsión del Territorio Nacional de la señora GIOVANA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS; contenida en la sentencia del Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali, de fecha 25 de septiembre de 1990”.

Peticionaria:

GIOVANNA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS

Magistrados:

Dr. FABIO MORON DIAZ

-Ponente-

Dr. JORGE ARANGO MEJIA

Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA

Santafé de Bogotá, D.C., mayo siete (7) de mil novecientos noventa y tres (1993)

La Sala de Revisión en asuntos de tutela, integrada por los Honorables Magistrados JORGE

ARANGO MEJIA, VLADIMIRO NARANJO MESA y FABIO MORON DIAZ, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, previo estudio del Magistrado Ponente, resuelve sobre la sentencia relacionada con la acción de la referencia, proferida por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, el 10 de diciembre de 1992.

## I. ANTECEDENTES

### A. La Petición

1. Con fecha noviembre 24 de 1992, el Abogado RAFAEL RODRIGUEZ SEGURA, actuando en su calidad de apoderado de la ciudadana ecuatoriana GIOVANNA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS, identificada con cédula de extranjería No. 179721 expedida en Santafé de Bogotá y domiciliada en la misma ciudad, presentó ante el Juez Penal del Circuito (Reparto) de este Distrito capital un escrito en el que impetra la acción de tutela establecida en el artículo 86 de la Constitución para que le sea concedida a la citada señora el amparo correspondiente “respecto de la aplicación de la pena accesoria de expulsión del territorio nacional por ser flagrantemente violatoria de los Derechos de la Familia consagrados en nuestra Carta Política, y en especial, de los Derechos de los Niños, protegidos no sólo por la misma Carta, sino por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, así como por el Pacto de San José”. Solicita, además, como medida previa se ordene la suspensión provisional de la expulsión de la señora PIEDRA DAVALOS; oficiando a la mayor brevedad posible, al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S., para evitar que se violen los derechos de la mencionada señora”.

2. Los fundamentos de hecho y de derecho que señala el peticionario como causa de la acción impetrada se resumen como sigue:

a) La señora PIEDRA DAVALOS llegó al país el 20 de diciembre de 1964, cuando contaba apenas con dos (2) años de edad, es decir, tienen una residencia de 28 años en el territorio nacional.

b) Dentro del proceso que se siguió en contra de GIOVANNA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS por el delito de falsedad en documento privado, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Cali dictó sentencia condenatoria el 25 de septiembre de 1990, y en la parte resolutive “le aplica la pena principal de 13 meses de prisión...y así mismo, las penas accesorias de

Interdicción de Derechos y Funciones Públicas por un período igual al de la pena principal, a la suspensión de la Patria Potestad, y a la expulsión del Territorio Nacional. Al mismo tiempo, le concedió el beneficio de la condena de ejecución condicional por un período de prueba de 2 años, contados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia”.

c) La señora PIEDRA DAVALOS “cumplió de manera estricta con las obligaciones impuestas en la sentencia, como se desprende del certificado expedido por el Juzgado 26 Penal del Circuito de esta ciudad, habiendo terminado de cumplir tales obligaciones el día 10 de noviembre del presente año”.

d) El 4 de diciembre de 1984, GIOVANNA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS contrajo un primer matrimonio con el señor EDISSON FERNANDO ORREGO PIEDRA, en el cual posteriormente enviudó y en junio de 1987 casó nuevamente con MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ PAEZ, ciudadano colombiano, matrimonio del que hay un hijo nacido en Santafé de Bogotá el 8 de septiembre de 1990, registrado con el nombre de JOSE MIGUEL HERNANDEZ PIEDRA.

e) Considera el apoderado judicial que en el caso de dar cumplimiento a la sentencia en lo referente a la expulsión del territorio nacional se violaría el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, cuyos artículos 23 y 24 prevén lo referente a la protección de la familia y del niño, contenidos que también son incorporados por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, aprobada por la Ley 16 de 1972.

f) La Constitución Política en sus artículos 12 y 44 proclama la protección que el Estado debe brindar a la Familia y consagra los derechos fundamentales de los niños dentro de los que se destacan los derechos a tener una familia y a no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y libre expresión de sus opiniones. El artículo 44 señala también que los niños serán protegidos contra toda forma de abandono, gozan de los derechos establecidos en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia, y puntualiza el carácter prevalente de estos derechos sobre los reconocidos a los demás.

g) El cumplimiento de la pena accesoria de expulsión del país “atentaría gravemente contra la unidad familiar y contra la protección que podría otorgar al niño JOSE MIGUEL

HERNANDEZ PIEDRA la convivencia de sus padres en el territorio “colombiano”, lo anterior debido a que el señor Hernández Páez encuentra “inconvenientes insalvables” para abandonar el territorio Nacional, de modo que el señor JOSE MIGUEL quedaría privado del apoyo de su padre quien de verse obligado a salir del país junto con su familia “estaría en cierto modo pagando una pena por un delito que no ha cometido”, pena equiparable al destierro que “no existe en el derecho colombiano”.

h. Indica el peticionario que por tratarse de una sentencia ejecutoriada y habiéndose cumplido las penas accesorias, excepto la de expulsión “la legislación colombiana no dispone de ninguna otra vía para evitar el daño que se pretende causar a la Familia Hernández Piedra, y en especial al niño José Miguel”. Entiende el accionante que debe evitarse la violación de los derechos fundamentales y el perjuicio irremediable que se produciría tanto para la familia como para el menor” en caso de que llegase a concretarse la efectiva ejecución de la sentencia por el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S..

#### B. Actuación Judicial

El Juzgado 14 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, recibió declaración a la ciudadana ecuatoriana GIOVANNA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS quien manifestó que sus padres nacieron en la ciudad de Quito, encontrándose actualmente la madre en Cali y el padre en Cúcuta. Además, informó al despacho judicial que se encuentra casada con el señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ PAEZ con quien vive en compañía del hijo de ambos JOSE MIGUEL, de un año y 3 meses de edad, y de EDINSON FERNANDO ORREGO PIEDRA de nueve años, estudiante del Colegio San Luis, procreado dentro de su primer matrimonio con ORISMEL ORREGO, fallecido. Afirma no haber realizado gestiones para la nacionalización, poseer visa de residente y busca mediante el ejercicio de la acción de tutela “que me dejen al lado de mis hijos y de mi esposo y que no me saquen del país porque de todas maneras yo he vivido toda mi vida en Colombia” (folios 38 y 39).

También rindió declaración el señor MIGUEL ANTONIO HERNANDEZ PAEZ, cuyas respuestas coinciden con las de su esposa GIOVANNA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS, e igualmente lo hicieron los doctores MARTHA ESPERANZA RUEDA MERCHAN y MANUEL ENRIQUE VIVES TINOCO, Subsecretaria Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores y Abogado de la Subsecretaría respectivamente, a quienes se interrogó sobre diversos aspectos referentes a

los trámites que deben seguir los extranjeros para obtener la nacionalidad colombiana.

### C. La Sentencia que se Revisa

El 10 de diciembre de 1992, el Juzgado 14 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, dentro de los términos constitucionales y legales, previas algunas diligencias probatorias resolvió TUTELAR el derecho prevalente de los niños JOSE MIGUEL HERNANDEZ PIEDRA y EDISON FERNANDO ORREGO PIEDRA a tener una familia y a no ser separado de ella ya que constituye el ambiente natural para su desarrollo armónico y el pleno ejercicio de sus derechos”. En consecuencia, el Juzgado ordenó al Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. “suspender transitoriamente la decisión o acto administrativo que debe tomar en relación con la medida de expulsión del territorio nacional de ELIZABETH PIEDRA DAVALOS, hasta tanto no se demuestre en forma clara y concreta que con dicha medida no se van a vulnerar los derechos fundamentales de los menores José Miguel y Edison Fernando”.

La sentencia que se revisa fundamenta su resolución en las consideraciones que se resumen, así:

- La acción de tutela incoada se dirige contra el Departamento Administrativo de Seguridad D.A.S. “que sería la entidad encargada de ejecutar la pena accesoria de expulsión del territorio nacional que dispuso en una sentencia el Juez Sexto Penal del Circuito, acción con la cual esa autoridad pública vulneraría los derechos fundamentales de los niños y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos de las Naciones Unidas, suscrito por Colombia el 21 de diciembre de 1966.
- El cumplimiento de la pena accesoria de expulsión del territorio nacional impuesta a GIOVANNA ELIZABETH PIEDRA DAVALOS vulneraría los derechos de la familia y los derechos de los niños. “En el caso de estudio existe una familia natural compuesta de la madre y dos hijos que satisface las pautas establecidas por el artículo 42 de la Constitución Nacional en la medida que conviven bajo el mismo techo y bajo la dependencia económica del padre colombiano Miguel Antonio Hernández. De conformidad con lo dispuesto por la Carta la protección que se debe a la familia “no se agota en un tipo determinado de familia estructurada a partir de vínculos amparados en ciertas solemnidades religiosas y/o legales, sino que se extenderá también a aquellas relaciones que, sin consideración a la naturaleza o

la fuente del vínculo, cumplen con las funciones básicas de la familia”; de todo lo cual fue consciente la Asamblea Nacional Constituyente como que en la regulación actual se destacan algunas características especiales, a saber: no existe un tipo único o privilegiado de familia, hay un pluralismo en los vínculos que la originan; tanto el Estado como la sociedad deben brindar a la familia una protección integral; la igualdad de derechos y deberes de la pareja y el respeto recíproco entre sus integrantes constituyen el fundamento esencial de las relaciones familiares; cualquier forma de violencia destruye la armonía y la unidad familiar; la unidad familiar es presupuesto indispensable para la efectividad de los derechos constitucionales prevalentes del niño.

- Según el artículo 44 de la Carta Fundamental todo niño tiene derecho a tener una familia y a no ser separado de ella; estima el fallador que en nuestras condiciones, es fácil comprender que la expulsión del país de la madre ecuatoriana conllevaría a la disolución del núcleo familiar que ella conformó con su actual esposo el señor HERNANDEZ PAEZ, contrariándose de esta forma el espíritu de las normas constitucionales que dan especial protección a la familia como base de la sociedad y especial privilegio a la condición del niño en todo momento y circunstancia, en razón de su especial vulnerabilidad...”.

- La consagración del derecho fundamental de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella implica que la unidad familiar “constituye hoy exigencia que desborda la voluntad individual de los miembros del grupo”. Además, la expulsión de la madre y la consiguiente vulneración de los derechos fundamentales privaría a los menores EDISON FERNANDO y JOSE MIGUEL “de las condiciones físicas y mentales adecuadas para adquirir el conocimiento requerido para comprender su vida y la de los demás, despertar la creatividad y la percepción, entender y respetar la universalidad del mundo, hallar dicha verdad y crecer en experiencia; recibir el amor de la familia para prodigarlo en su vida adulta, desarrollar sus aptitudes de acuerdo con sus capacidades, expresar sus opiniones libremente...”.

- Estima el fallador de instancia que una situación tal atentaría contra el Pacto Internacional del Derecho Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y contra la Convención Americana o Pacto de San José que prevén la especial protección que debe dispensar el Estado a la Familia y a los niños.”

## II. CONSIDERACIONES DE LA SALA



## Primera. La Competencia

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para conocer de la revisión de la sentencia de la referencia, en atención a lo dispuesto por los artículos 86 inciso tercero y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 236 del Decreto 2591 de 1991; además, este examen se hace por virtud de la selección que de dicho acto practicó la Sala correspondiente y del reparto que se verificó en la forma señalada por el Reglamento de esta Corporación.

## Segunda. La Materia Objeto de las Actuaciones y la Improcedencia de

### la Acción de Tutela

A. En primer término encuentra la Sala que el asunto de que se ocupa la providencia relacionada con la acción de tutela de la referencia, tal como fue abordado por el despacho que la produjo es de aquellos que quedan comprendidos dentro del concepto de la acción de tutela contra sentencias ejecutoriadas y en firme; además, como bien lo tiene definido esta Corporación desde su pronunciamiento de octubre primero de 1992, Sentencia C-543 (M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo), la Constitución no admite la procedencia de la mencionada acción contra las sentencias judiciales ejecutoriadas y en firme, en las que se haya puesto fin con la fuerza de la Cosa Juzgada, a una controversia de carácter judicial y de naturaleza litigiosa.

En aquella oportunidad esta Corporación señaló con claridad y en pronunciamiento judicial con la fuerza de la Cosa Juzgada Constitucional, que las disposiciones legales que habían establecido la posibilidad de intentar la mencionada acción resultaban contrarias a la normatividad constitucional y que, por lo tanto, debían ser retiradas del ordenamiento jurídico y así lo dispuso en aquella sentencia.

B. Además, en esta oportunidad encuentra la Corte que el pronunciamiento que se revisa, dictado por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, desconoce parcialmente los alcances de la mencionada providencia de la Corte Constitucional y decretó una solución que contraviene el régimen de la acción de tutela y de la organización judicial

en nuestro país, en especial la que asegura la cabal distribución de competencias entre los distintos despachos judiciales, tal y como se verá enseguida. Además desconoce la existencia de otra vía judicial para obtener la protección del derecho que pueda resultar vulnerado y la naturaleza del mecanismo transitorio que establecen el artículo 86 de la Carta y el 80. del Decreto 2591 de 1991.

En efecto, el despacho de origen desconoce que la sentencia judicial que decretó la condena de naturaleza penal se produjo el 25 de septiembre de 1990, dentro del trámite de un proceso judicial en donde la peticionaria y su apoderado tuvieron las oportunidades judiciales correspondientes para solicitar, entre otras tantas soluciones al asunto, un tratamiento punitivo diferente al decretado en aquella, y que la acción de tutela no está prevista en la Carta de 1991, para promover nuevas soluciones a los pleitos perdidos, ni para revivir o remover situaciones jurídicas amparadas con la fuerza de la Cosa Juzgada contenida en una providencia judicial en firme y, mucho menos, para impedir definitivamente su cumplimiento. Este es el alcance que se desprende de la providencia que se revisa, ya que la suspensión ordenada sobre los futuros actos administrativos que ejecuten la sentencia, es indefinida e incierta, al señalar que aquella se mantiene "...hasta tanto no se demuestre en forma clara y concreta que con dicha medida no se van a vulnerar los derechos fundamentales de los menores José Miguel y Edison Fernando".

C) Además, el citado despacho no tuvo en cuenta que la providencia se encuentra en firme y archivada desde hace varios años, pues contra ella no se interpusieron los recursos legales correspondientes, tanto de carácter ordinario como extraordinario, previstos en las disposiciones de carácter legal sustantivo y procedimental; además, en aquella providencia tampoco se tiene en cuenta la existencia de una vía judicial idónea y efectiva para controvertir la decisión impugnada y para darle aplicación directa a la Carta. Por tanto esta Corporación habrá de revocar la mencionada providencia, pero concederá la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, tal y como se verá enseguida, según lo dispuesto por el artículo 86 de la Carta, en concordancia con el artículo 80. del Decreto 2591 de 1991.

D) Desde luego, obsérvese que la entrada en vigencia de una nueva Constitución como la de 1991, producto de la misma legitimidad institucional y democrática de nuestro régimen político, no comporta el desconocimiento de las decisiones judiciales en firme que hayan

puesto fin a situaciones de aquella naturaleza, so pena de producir una alteración jurídica contraria a la misma voluntad del Constituyente; aquella no fue la intención del Constituyente reunido en la Asamblea Nacional Constitucional en 1991, y por el contrario, se puede afirmar que en ningún caso aparece manifestación expresa de aquel órgano de decretar la automática remoción de los efectos de las providencias judiciales, que se encontraban ejecutoriadas al momento de entrada en vigencia de la nueva normatividad superior. Por dicha razón, no es del caso patrocinar aquel tipo de providencias como la que se decreta por la sentencia relacionada con la acción de tutela de la referencia.

E. Por otra parte, el mismo Constituyente advierte que, en materia penal, la ley permisiva o favorable, aún cuando sea posterior se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, y que en ninguna de las disposiciones de la Carta ni de la ley se ha previsto la eliminación de la pena accesoria de expulsión del país para los extranjeros; empero, téngase en cuenta que, en el caso de que judicialmente se pueda determinar, por la aplicación directa de la nueva Carta y de sus disposiciones normativas, en especial del catálogo de los derechos fundamentales, que no es del caso ejecutar o seguir ejecutando por desfavorable o restrictiva la pena judicialmente impuesta, en hipótesis como la planteada por la peticionaria, existen las vías judiciales como la del artículo 510 del Código de procedimiento penal, para efectos de remover en concreto aquella pena, hacerla cesar y sustituirla por la solución favorable o permisiva, dentro del marco de los procedimientos judiciales ordinarios, lo cual comporta que no sea procedente acudir directamente ante el juez de tutela en los términos del artículo 86 de la Constitución.

El mencionado artículo del Código de Procedimiento Penal dispone al respecto que:

“Artículo 510. Rebaja de Pena. Corresponde al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, de oficio o a solicitud de alguno de los sujetos procesales, proferir mediante providencia motivada la resolución que haga cesar o rebaje una pena o medida de seguridad impuesta.”

Se advierte que el artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal señala que mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea los cargos de jueces de ejecución de penas, las atribuciones que aquel Código les confiere serán ejercidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia.

F. En verdad, la Corte estima que bajo los postulados de la nueva Constitución resulta contrario al núcleo esencial de los derechos fundamentales de los menores, garantizados por el artículo 44 de la Carta, por un lado la imposición, y por otro, la ejecución de una sentencia en la que se ordene la expulsión del territorio nacional a una persona extranjera que sea, y a la vez acredite, que es padre o madre de menores residenciados legítimamente en nuestro país, y que mantengan entre ellos el vínculo natural o jurídico de la familia, pues la mencionada pena comporta, a la luz del ordenamiento jurídico nacional, una especie de discrecionalidad administrativa, sobre la cual se pronuncia más adelante esta Sala, radicada en cabeza del Ministerio de Relaciones Exteriores para efectos de autorizar el regreso al país del extranjero afectado con una medida de expulsión (arts. 67 y 68 del Decreto 666 de 21 de abril de 1992).

No deja pasar por alto la Sala la oportunidad para advertir que la distancia física que se conforma por virtud de la expulsión del padre o de la madre extranjeros del menor legítimamente radicado en nuestro territorio, es, en principio, una barrera innecesaria e inhumana que se opone al disfrute de los derechos fundamentales de éstos y que, por lo tanto, no puede ser patrocinada indiscriminadamente por los jueces, al aplicar la pena accesoria prevista en el artículo 42 num. 6o. del Código Penal Colombiano; empero, se deja por sentado que estas reflexiones se dirigen sólo a uno de los aspectos de esta problemática jurídica que se plantea en el caso concreto, sin provocar ninguna consideración extraña a los hechos que se examinan y sin abordar a plenitud el examen de la naturaleza constitucional de la facultad administrativa de autorizar el ingreso al país de los extranjeros, que hayan sido objeto de la mencionada pena accesoria, ni de la pena en si misma considerada, como entidades jurídicas específicas.

G. Sobran razones de carácter doctrinal y de naturaleza jurídico constitucional para estimar que en tratándose de situaciones como la planteada por la peticionaria, la expulsión del territorio nacional puede comportar la ruptura de aquellos vínculos entre padres e hijos y que aquella ruptura no es patrocinada por el Constituyente de 1991, mucho más cuando puede conducir a la imposición de un trato inhumano para los menores contrariando lo dispuesto por los artículos 12 y 44 de la Carta.

Esta Corporación ha manifestado con claridad el alcance de aquellos derechos y su prevalencia dentro del ordenamiento jurídico nacional, claro está, dentro de una disciplina

interpretativa que tiene en cuenta el conjunto armónico de los demás derechos y deberes de los asociados y del Estado y, en situaciones como la planteada dentro del asunto que se examina, encuentra que en verdad los jueces al momento de proferir sus decisiones deben tener en cuenta, para efectos de la dosimetría punitiva y de la interpretación de las disposiciones que penalizan las conductas, una lectura de la Carta que sea conforme con sus postulados normativos.

Empero, la sentencia sobre la que se dirigió la petición de tutela en este caso, se produjo antes de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento constitucional que elevó a rango jurídicamente superior y prevalente el catalogo de los derechos de los menores, y por lo tanto no existía expreso condicionamiento normativo para efectos de la imposición de aquella pena accesoria en los términos del Código Penal Colombiano y de las restantes disposiciones aplicables, lo cual si puede ocurrir ahora bajo el amparo de la Carta y en virtud del artículo 510 del Código de Procedimiento Penal.

Como se ha advertido de modo reiterado, existe la vía judicial adecuada para provocar la cesación de la pena accesoria por cumplir y que resulta desfavorable y restrictiva frente a la nueva Carta, de la cual se puede desprender un tratamiento más favorable y menos restrictivo en el caso del extranjero padre o madre de unos menores radicados y asentados legítimamente en el territorio nacional, que mantienen una relación de familia que debe ser conservada.

También, en favor de aquella interpretación se encuentran los mismos postulados normativos del Código de Procedimiento Penal en los que se advierte :

“ARTICULO 3o. Reconocimiento de la dignidad humana. Toda persona a quien se atribuya la comisión de un hecho punible, tiene derecho a ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

“Se respetarán las normas internacionalmente reconocidas sobre derechos humanos, y en ningún caso podrá haber violación de los mismos”.

“Artículo 6o. Imperio de la ley. Los funcionarios judiciales en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Constitución y de la ley.

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

“.....

“Artículo 22.- Prevalencia de las normas rectoras. Las normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación.”

En este sentido, estima la Corte que es del caso conceder la tutela solicitada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, ya que, como ocurre en el asunto que se examina, no se ha provocado el pronunciamiento judicial que procede a la luz de lo dispuesto por el transcrito artículo 510 del Código de Procedimiento Penal, como vía judicial legítima para que, si es del caso, y en aplicación de la norma constitucional y de los postulados del Código Penal (art. 6o.), y del mismo Código de Procedimiento Penal sobre la favorabilidad (art. 10o.), se haga cesar la pena accesorio; así, la tutela que se concede se dirige contra las actuaciones administrativas que se enderecen a dar cumplimiento a la expulsión, pero por el término señalado por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991.

En resumen, en el caso en cuestión, se trata de uno de los eventos hipotéticamente planteados que bien puede ser resuelto por la vía judicial que se advierte en el artículo 510 del Código de procedimiento Penal; así las cosas, la peticionaria está en condiciones de adelantar la solicitud de rebaja de pena ante el juez de primera instancia y esta es la vía judicial que debe seguir para adecuar su reclamo a las disposiciones constitucionales y legales. Por tal motivo, esta Sala ordenará comunicar lo resuelto en esta providencia al Juzgado 6o. Penal del Circuito de Santiago de Cali y concederá el término de cuatro (4) meses a la peticionaria, para que ejerza la solicitud de rebaja de pena, la cual debe ser resuelta por el juez de primera instancia.

De otra parte, y con fines ilustrativos se observa que ésta última clase de decisiones, no tienen la forma ni la materia de una sentencia judicial y que una vez agotados los recursos, sí admiten la actuación por vía de la acción de tutela para efectos de aplicar la ley permisiva o favorable en materia penal, mucho más tratándose de la entrada en vigencia de una nueva Constitución como la Carta de 1991, que impone a todos los jueces el deber de examinar la legislación ordinaria frente a los nuevos postulados normativos, programáticos y finalísticos

del ordenamiento que se acaba de expedir.

Tercera: La Decisión Administrativa que Autoriza el Reingreso al

País

La Corte encuentra en la situación planteada por la peticionaria en su escrito inicial y en la ampliación que se recibe por el despacho de origen, que en verdad cabe adelantar algunas reflexiones pertinentes para efectos de comprender más a fondo la finalidad de la solicitud y para interpretar los postulados constitucionales pertinentes.

En efecto, se encuentra que el Decreto 666 de 1992 establece el régimen de ejecución de la sentencia que decreta como pena accesoria la expulsión del extranjero y allí se dispone que éste sólo podrá regresar al país con visa autorizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Al respecto cabe observar que en concepto de esta Corporación, facultad administrativa se encuentra ahora condicionada, a la mencionada la luz de los presupuestos normativos de la Carta de 1991, por la prevalencia de los derechos fundamentales de los menores, lo cual comporta que la mencionada dependencia está en la obligación de examinar las condiciones concretas y específicas de la solicitud de visa, para reingreso del extranjero expulsado mediante sentencia ejecutoriada, para efectos de garantizar efectiva e inmediatamente los mencionados derechos fundamentales.

Con dicho fin se recuerda que 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; además, debe tenerse en cuenta que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

En consecuencia, en el ejercicio de dicha función administrativa del citado Ministerio, no se puede impedir el reingreso del extranjero expulsado ni negar la visa reclamada, sin tener en cuenta los nuevos postulados constitucionales a los que se hace referencia y, en todo caso de la solicitud de visa de esta naturaleza, se debe ponderar técnicamente la situación para proteger de manera prevalente los derechos de los menores legítimamente asentados en el territorio nacional.

Esto significa que, en caso de cumplirse y ejecutarse la sentencia que ordena como pena accesoria la expulsión, el Ministerio de Relaciones Exteriores, dentro de sus competencias constitucionales y legales, debe proceder a conceder la visa de reingreso solicitada, previa la pronta, inmediata y efectiva ponderación de la situación específica y concreta en que se encuentren los menores hijos de la solicitante, frente a la eventual separación física y a la mencionada barrera que se eleva entre unos y otros.

Desde luego, en caso de duda, el Ministerio está en la obligación de obtener a la mayor brevedad posible el concepto técnico del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que es la entidad habilitada por las leyes nacionales para tomar todas las medidas tendientes a la protección integral del menor y la familia.

No obstante que en nuestro país no proliferen situaciones como la descrita en el caso que se examina, no deja pasar por alto esta oportunidad la Corte para advertir que en casos similares al descrito en este asunto, el Estado tiene la obligación de amparar y proteger

de modo efectivo e inmediato, los derechos fundamentales de los niños y de salvaguardar la integridad de la unidad familiar (art. 44 C.N.). En consecuencia, esta Sala ordenará comunicar la presente providencia tanto al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, como al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de señalar la interpretación que a la luz de la Constitución Nacional procede para estos casos.

En igual obligación se encuentran los Jueces penales para determinar, si en caso de la procedencia legal de la imposición o de la ejecución de la mencionada pena accesoria en los términos del Código Penal, se afectan o no los derechos de los menores, que asentados legítimamente dentro del territorio nacional, sean hijos de la persona condenada y mantengan con ella una relación de carácter familiar, que deba conservarse para efectos del disfrute de sus derechos fundamentales.

#### **R E S U E L V E :**

Primero.- REVOCAR LA SENTENCIA de diciembre 10 de 1992, proferida por el Juzgado 14 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá, relacionada con la acción de la referencia.



Segundo.- Conceder como mecanismo transitorio y hasta por el término de cuatro (4) meses desde la fecha de notificación de esta providencia, la tutela solicitada por la peticionaria en favor de sus hijos menores. En consecuencia, durante dicho término, las autoridades del Departamento Administrativo de Seguridad DAS se abstendrán de expulsar del territorio nacional o de impedir el regreso al territorio nacional a la ciudadana ecuatoriana GIOVANNA PIEDRA DAVALOS.

Tercero.- Comunicar la presente decisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, al Departamento Administrativo de Seguridad -D.A.S.- y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Cuarto.- Comunicar la presente decisión al Juzgado 6o. Penal del Circuito de Santiago de Cali, para que se incorpore al expediente que contiene el proceso No. 6188 de ese Despacho.

Quinto.- Comunicar la presente decisión al Juzgado 14 Penal del Circuito de Santafé de Bogotá para los efectos de la notificación a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

FABIO MORON DIAZ

JORGE ARANGO MEJIA

VLADIMIRO NARANJO MESA

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria