

T-202-93

Sentencia No. T-202/93

JUEZ DE TUTELA-Facultades

El juez de tutela tiene una competencia que está constitucionalmente restringida al objeto de asegurar que, cuando no se disponga de procedimiento judicial idóneo, se haga justicia en el caso del petente mediante una orden perentoria en cuya virtud cesen los actos violatorios, se ejecuten aquellos indispensables para la efectividad del derecho conculcado, o se neutralicen los motivos de su amenaza. No tiene, entonces, a su cargo la función de reemplazar a los jueces competentes cuando la ley ha previsto de manera expresa otras vías judiciales, a menos que se trate de evitar un perjuicio irremediable.

PATRIA POTESTAD/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL/DEFENSOR DE FAMILIA-Funciones

La peticionaria, en su condición de abuela materna del menor, si tiene fundados elementos de juicio para pensar que la Patria Potestad en cabeza del padre puede implicar grave amenaza a los derechos del niño por cualquiera de las situaciones en mención, puede acogerse a las expresadas normas para pedir la suspensión y aun la terminación de aquella. Es evidente que por la trascendencia de la decisión, en cuanto toca con la crianza, custodia y educación del niño -confiada preferentemente a los padres según resulta de lo dispuesto en los artículos 5º, 42, 44, 67 y 68 de la Constitución-, no puede ser adoptada sin la consideración ponderada de los hechos y circunstancias que rodean el caso, algunos de ellos pendientes de resolución a cargo de la justicia penal, y menos todavía sin sujeción a las reglas del debido proceso. Debe entonces probarse judicialmente la inhabilidad física o moral del padre para cuidar de su hijo. Dado que en los claros términos del artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela no procede cuando existe otro medio de defensa judicial, no podía concederse la tutela por ser evidente esta hipótesis.

-Sala Quinta de Revisión-

Ref.: Expediente T-9145

Acción de tutela propuesta por CECILIA CESPEDES DE BUITRAGO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR.

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Sentencia aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., mediante acta del veintiseis (26) de mayo de mil novecientos noventa y tres (1993).

Se revisa la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Pereira el día veintidos (22) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993) para resolver sobre la acción de tutela instaurada en el proceso de la referencia.

#### I. INFORMACION PRELIMINAR

CECILIA CESPEDES DE BUITRAGO, abuela materna del niño JULIO ANDRES TREJOS BUITRAGO, ejerció la acción de tutela en nombre de éste solicitando que no fuera entregado a su progenitor -tal como lo dispuso el ICBF- pues, a su juicio, ello afectaría el libre desarrollo de la personalidad de aquel y sus derechos fundamentales garantizados por el artículo 44 de la Constitución.

Narra la demandante que JULIO CESAR TREJOS, padre del niño, estaba legalmente separado de su cónyuge y que siempre se sustrajo al cumplimiento de su obligación alimentaria, lo que motivó a la madre, CLAUDIA LILIANA BUITRAGO, a iniciar contra él acción ejecutiva. Dice que había preparado la correspondiente demanda pero que no la alcanzó a presentar, pues fue asesinada el 16 de diciembre de 1992 por sicarios que la esperaban cerca de su residencia.

Expresa que, desde entonces, TREJOS reclama el niño para tenerlo bajo su cuidado, a lo cual ha accedido finalmente el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, gracias a “compadrazgo” con el reclamante.

El homicidio de CLAUDIA LILIANA BUITRAGO es investigado por la Fiscalía 17 de Pereira en donde, según la petente, hay testimonios que sugieren la posible participación de Julio César Trejos en el mismo por motivos estrictamente pasionales.

Dice que, como abuela materna del niño, siempre le ha brindado apoyo económico y moral. Agrega que, en cambio, dado el carácter y los antecedentes mentales del señor TREJOS, el menor estaría a su lado completamente desprotegido y en inminente peligro.

Al respecto acompaña varias copias de cartas, escritas por su yerno durante el tiempo en que permaneció interno en una clínica psiquiátrica en Manizales y afirma que ellas reflejan la existencia de alucinaciones y delirio de infidelidad conyugal, forma de esquizofrenia "...que entra en el campo de la rumiación de fondo depresivo, con localización de motivos de sufrimiento extraídos (sic) de la vida conyugal".

La petente dice temer que, en el caso de mantenerse la decisión del ICBF, el menor pueda ser objeto de abusos, malos tratos o pasiones ocultas, teniendo en cuenta que su padre fue tratado psiquiátricamente.

## II. LA DECISION JUDICIAL OBJETO DE EXAMEN

Correspondió al Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de Pereira resolver sobre la acción instaurada. Admitida la demanda, su primera actuación consistió en ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que remitiera copias auténticas de los actos administrativos por medio de los cuales esa institución dispuso la entrega del menor Julio Andrés Trejos a su padre, y a la Fiscalía 17 que enviara copias de las diligencias practicadas en el proceso que se adelanta por el homicidio de Claudia Liliana Buitrago.

La decisión definitiva está contenida en sentencia del 13 de enero de 1993, mediante la cual se resolvió denegar la solicitud de tutela.

Afirma la sentencia que, en razón de la naturaleza del acto por el cual el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar resolvió sobre la custodia y el cuidado personal del menor Julio Andrés Trejos, "...es perfectamente demandable ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, ya por razones de inconstitucionalidad o por motivos de ilegalidad, si así lo considera la afectada, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo".

Señala que, además, la funcionaria del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que adoptó tal decisión se fundó en el artículo 70 del Código del Menor, que consagra como medida de protección la de asignar provisionalmente la custodia y cuidado personal de un menor a uno de los parientes señalados en el artículo 61 del Código Civil.

"El acto que impone esa medida -dice- es susceptible de los recursos de reposición,

apelación y queja, de conformidad con el artículo 51 del Código del Menor, de los que aún puede hacer uso la señora Cecilia Céspedes de Buitrago, ya que no se le ha notificado la decisión tomada en la forma como lo disponen los artículos 49 y 50 de la misma obra”.

“Pero aún hay más -agrega-, el Juez de Familia ejerce el control jurisdiccional de los actos administrativos que resuelvan acerca de la aplicación de las medidas de protección preceptuadas en el artículo 57 y las demás que definan, en forma permanente o provisional, la situación de un menor, mediante un procedimiento breve y sumario, por petición de la interesada, pudiendo poner fin a los efectos de la declaración del Defensor de Familia” (artículo 56 y 64 del Código del Menor).

Y como si lo anterior fuera poco, el Código Civil, en los artículos 253 y siguientes regula lo referente al cuidado personal de los hijos menores, señalando que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, se podrá confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes prefiriéndose a los consanguíneos más próximos y sobre todo a los ascendientes”.

Concluye manifestando que estos medios judiciales de defensa hacen improcedente la tutela según el artículo 86 de la Constitución pero advierte, en todo caso, que el acto administrativo contenido en el oficio librado por la Defensora de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no viola ni amenaza ninguno de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados.

### III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

#### Competencia

Esta Sala de la Corte es competente para proferir fallo de revisión en el asunto de la referencia, según lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991.

Improcedencia de la acción de tutela cuando existen otros medios de defensa judicial.

Una vez más debe insistir la Corte Constitucional en que el artículo 86 de la Constitución únicamente autoriza la acción de tutela como mecanismo subsidiario ante la inexistencia de otro medio idóneo para la defensa judicial del derecho fundamental que el demandante

estima violado o amenazado.

Esta institución no ha desplazado ni sustituido las competencias ordinarias en los distintos campos de la administración de justicia y, por ende, los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico normal se deben aplicar para los fines que cada uno de ellos persigue, de acuerdo con lo señalado por la Carta Política y la legislación. El debido proceso garantizado en el artículo 29 de la Carta incluye precisamente como uno de sus elementos más importantes “la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.

El juez de tutela tiene una competencia que está constitucionalmente restringida al objeto de asegurar que, cuando no se disponga de procedimiento judicial idóneo, se haga justicia en el caso del petente mediante una orden perentoria en cuya virtud cesen los actos violatorios, se ejecuten aquellos indispensables para la efectividad del derecho conculcado, o se neutralicen los motivos de su amenaza. No tiene, entonces, a su cargo la función de reemplazar a los jueces competentes cuando la ley ha previsto de manera expresa otras vías judiciales, a menos que se trate de evitar un perjuicio irremediable, evento excepcional claramente definido en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 como el que “sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”, cuya aplicación únicamente cabe como transitoria y sin perjuicio de la decisión que adopte el juez ordinario.

Existencia de medios de defensa judicial para la protección del menor

El artículo 310 del Código Civil se refiere a la suspensión de la Patria Potestad con respecto a cualquiera de los padres por demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes o por su larga ausencia. Dispone igualmente que la Patria Potestad termina por las causales contempladas en el artículo 315 -maltrato habitual del hijo en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño; abandono del hijo; depravación que incapacite para ejercer las obligaciones correspondientes; condena privativa de la libertad superior a un año-, eventos en los cuales puede el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo, del abogado Defensor de Familia, o aún de oficio.

Estima la Corte que en el presente caso la peticionaria, en su condición de abuela materna del menor, si tiene fundados elementos de juicio para pensar que la Patria Potestad en cabeza del padre puede implicar grave amenaza a los derechos del niño por cualquiera de las situaciones en mención, puede acogerse a las expresadas normas para pedir la suspensión y

aun la terminación de aquella.

El Código del Menor -Decreto 2737 de 1989- en su artículo 36 confía al Instituto de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia del lugar donde se encuentra el menor, la facultad de declarar las situaciones de abandono o de peligro, de acuerdo con la gravedad de las circunstancias, con el fin de brindarle la protección debida.

El Defensor de Familia también puede, según el artículo 70 del mismo Código, asignar provisionalmente la custodia o cuidado personal del niño a aquel de los parientes señalados en el artículo 61 del Código Civil, entre los cuales están los ascendientes.

La decisión que adoptó el Instituto en el caso del niño Julio Andrés Trejos se fundó precisamente en el citado artículo 70 del Código del Menor y, por tanto, tiene carácter provisional. La definición del asunto compete a la jurisdicción de familia.

A tenor del artículo 5º, literal d), del Decreto 2272 de 1989, los jueces de familia conocen, de conformidad con el procedimiento señalado en la ley y en única instancia, “de la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores”. En primera instancia tales jueces conocen de la pérdida, suspensión y rehabilitación de la Patria Potestad y de la administración de los bienes de los hijos.

Pero, además, el artículo 56 del Código del Menor, específicamente aplicable al asunto del que se ocupa la Corte, dice:

“Artículo 56.- El control jurisdiccional de las decisiones que tome el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se sujetará a las normas del Código Contencioso Administrativo.

No obstante, los actos administrativos que resuelvan acerca de la aplicación de las medidas de protección preceptuadas en el artículo 57 y las demás que definan, en forma permanente o provisional, la situación de un menor, estarán sujetas al control jurisdiccional de los Jueces de Familia, conforme a lo establecido en el artículo 64 de este Código”.

Considérese adicionalmente que existiendo, como resulta del expediente, la voluntad del padre de asumir el cuidado de su hijo, mal puede el Estado, a través de la Defensoría de Menores, privarlo de este legítimo derecho mediante un procedimiento sumario y sin adecuada evaluación del acervo probatorio que amerite tal decisión. La Ley 12 de 1991

aprobó la Convención sobre derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 9º se dispuso:

“Artículo 9º. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión 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”.

Esta norma, integrante del ordenamiento jurídico internacional que, dada su materia, prevalece en el orden interno (artículo 93 C.N.), no puede ser desconocida ni inaplicada en el presente asunto, pues son precisamente los derechos fundamentales del menor los que están en juego y ellos, según las voces del artículo 44 de la Carta, privan sobre los derechos de los demás.

Por otra parte, para la Corte es evidente que por la trascendencia de la decisión, en cuanto toca con la crianza, custodia y educación del niño -confiada preferentemente a los padres según resulta de lo dispuesto en los artículos 5º, 42, 44, 67 y 68 de la Constitución-, no puede ser adoptada sin la consideración ponderada de los hechos y circunstancias que rodean el caso, algunos de ellos pendientes de resolución a cargo de la justicia penal, y menos todavía sin sujeción a las reglas del debido proceso (art. 29 C.N.).

Debe entonces probarse judicialmente la inhabilidad física o moral del padre para cuidar de su hijo.

Dado que en los claros términos del artículo 86 de la Constitución Política la acción de tutela no procede cuando existe otro medio de defensa judicial, no podía concederse la tutela por ser evidente esta hipótesis.

Es claro que, de prosperar la acción que pudiera instaurar la abuela del menor con miras a obtener la custodia de su nieto Julio Andrés Trejos, ésto conduciría no a una indemnización sino precisamente a la entrega del niño para el cuidado personal por parte de la accionante. No se configura entonces un perjuicio irremediable en los términos previstos por el legislador

para hacer posible la acción de tutela.

Se confirmará la decisión judicial revisada.

Decisión

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo proferido en este proceso por el Juzgado Tercero Promiscuo de Familia de la ciudad de Pereira, el veintidos (22) de enero de mil novecientos noventa y tres (1993).

Segundo.- Por Secretaría líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Presidente de la Sala

HERNANDO HERRERA VERGARA

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

Secretaria General