

Sentencia No. T-290/93

ACCION DE TUTELA CONTRA AUTORIDAD PUBLICA/ACCION DE TUTELA CONTRA EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Tratándose de autoridades públicas, tanto sus actuaciones positivas como las omisiones en que incurran pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales, luego también la falta de actividad de un organismo o funcionario, en cuanto implique lesión o amenaza de tales derechos, es posible de la acción de tutela, como lo acredita sin dejar lugar a inquietudes el precepto constitucional que la consagra, al expresar que la protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita "actúe o se abstenga de hacerlo". Pese a lo dicho, la tutela contra el Procurador no podía prosperar en este caso, pues no aparece probada en el proceso la omisión que se le imputa.

DERECHO DE PETICION-Improcedencia/PROCESO JUDICIAL/JUEZ-Límites

El derecho de petición no puede invocarse para solicitar a un juez que haga o deje de hacer algo dentro de su función judicial, pues ella está gobernada por los principios y normas del proceso que aquél conduce. El juez, en el curso del proceso, está obligado a tramitar lo que ante él se pida pero no atendiendo a las disposiciones propias del derecho de petición, cuyos trámites y términos han sido previstos en el C.C.A. para las actuaciones de índole administrativa, sino con arreglo al ordenamiento procesal de que se trate. A la inversa, las funciones de carácter administrativo a cargo de los jueces, dada su naturaleza, sí están sometidas a la normativa legal sobre derecho de petición, tal como resulta del artículo 1º del C.C.A.

ACCION DE TUTELA-Subordinación

La subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un

orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate. En el caso sometido a revisión, es evidente que existe subordinación de las hijas -en cuyo nombre actúa la madre al incoar la tutela- respecto de quien es su padre y, además de la Patria Potestad, ejerce su custodia y el cuidado personal.

DERECHOS DEL NIÑO-Relaciones con los padres

Los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores. La Corte no vacila en calificar de fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política. Aun si en gracia de discusión él se estimara no comprendido dentro del derecho genérico a tener una familia y a no ser separado de ella, habría de concluirse necesariamente, considerada su materia, que se trata de una prerrogativa autónoma derivada de la naturaleza racional del hombre y tutelable. El derecho en referencia es de doble vía, es decir que, si se reconoce a los hijos, de consiguiente existe para ambos padres en igualdad de condiciones, razón por la cual no puede admitirse que se entienda fundamental para los menores y accesorio para los mayores, entre otras razones porque semejante interpretación llevaría a desnaturalizar el concepto. Solo el derecho de mantener relaciones personales y afectivas entre un parente separado y sus hijos. Puede ser amparado en el caso concreto mediante la tutela, habida consideración de su naturaleza propia y del carácter fáctico de las eventuales violaciones o amenazas que pueden afectarlo o hacerlo nugatorio, como acontece en el proceso que se revisa, en cuanto la regulación judicial de visitas ha sido desbordada por los hechos como medio eficaz para obtener su plena garantía.

TRATADO INTERNACIONAL-Aplicación en el orden interno

Las garantías constitucionales y en especial los derechos fundamentales no pueden reducirse a la letra de los preceptos incluidos en el texto de la Carta sino que, por expreso mandato suyo ya aludido en este fallo, al orden interno se incorporan con carácter prevalente las cláusulas de los tratados y convenios internacionales que reconocen los derechos humanos,

siempre que hayan sido ratificados por Colombia.

ACCION DE TUTELA-Subsidiariedad

La acción prevista en el artículo 86 de la Carta no tiene el propósito de reemplazar el ordenamiento jurídico preexistente, ni el de sustituir los trámites procesales necesarios, según disposiciones legales que a su vez constituyen desarrollo del artículo 29 de la Carta, para alcanzar determinados fines de acuerdo con la naturaleza y contenido de los derechos en juego. La ley ha estatuido las reglas propias de cada juicio.

SENTENCIA-Cumplimiento/ACCION DE TUTELA

En determinadas circunstancias la acción de tutela puede proceder para que se cumpla una sentencia judicial, si el incumplimiento acarrea violación de derechos fundamentales, ello únicamente acontece cuando no existe otro medio idóneo para lograrlo y, desde luego, cuando el ordenamiento jurídico no exige determinados trámites para obtener el propósito que se persigue.

CUSTODIA DE LOS HIJOS/TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO/MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Eficacia

Mal podrían los jueces de tutela en sus sentencias ni la Corte Constitucional al revisarlas, inmiscuirse en asunto, propio de la competencia de los jueces de familia, y por ende no es este el mecanismo idóneo para transferir la custodia y cuidado de unos menores, sin tener en cuenta múltiples circunstancias que deberán ser cuidadosamente analizadas en el proceso.

Para hacer valer la cláusula octava de los acuerdos sería preciso iniciar un juicio de revisión de la custodia y cuidado personal de los hijos, demostrando, por los medios probatorios adecuados, la ocurrencia de los hechos que a la luz de las previsiones normativas, dan lugar a ella. Existe indudablemente, entonces, otro medio de defensa judicial. Es entonces la custodia y cuidado un derecho-deber de índole legal, que escapa al control por vía de la acción de tutela.

-Sala Quinta de Revisión-

Ref.: Expediente T-11538

Acción de tutela instaurada por SANDRA FEI OLIVI contra JAIME OSPINA SARDI, el PROCURADOR GENERAL DE LA NACION y el JUEZ 19 DE FAMILIA DE SANTAFÉ DE BOGOTA

Magistrado Ponente:

Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Aprobada en Santafé de Bogotá, D.C., mediante acta del veintiocho (28) de julio de mil novecientos noventa y tres (1993).

Revisa la Corte Constitucional los fallos proferidos por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala de Familia- y por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia los días treinta (30) de noviembre de 1992 y nueve (9) de febrero de 1993, respectivamente, para resolver sobre la acción de tutela intentada, mediante apoderado, por SANDRA FEI OLIVI, quien actuó a nombre propio y en el de sus hijas menores, contra JAIME OSPINA SARDI, su antiguo cónyuge, y también contra el Procurador General de la Nación y el Juez 19 de Familia de Santafé de Bogotá.

I. INFORMACION PRELIMINAR

Según la demanda, SANDRA FEI OLIVI y JAIME OSPINA SARDI contrajeron matrimonio civil en Milán -Italia- y después se radicaron en Colombia, donde nacieron sus dos hijas en 1979 y 1981. Los dos cónyuges son de nacionalidad colombiana, si bien aquella es también nacional de Italia.

La relación de pareja, dice el apoderado, empezó a deteriorarse un año después del matrimonio hasta que en 1981 Ospina expulsó de su casa a la señora Fei y cambió las cerraduras de las puertas para impedir su acceso.

La demandante dice haber solicitado inicialmente la ayuda de su padre, Augusto Fei, quien inútilmente buscó fórmulas de arreglo jamás aceptadas por Jaime Ospina. "Cada vez que se planteaba una solución, el señor Ospina endurecía aún más su posición", expresa la demanda.

Al decir del apoderado, la presión del esposo fue tal que, obligada por las circunstancias, pues "este diálogo de sordos no podía continuar indefinidamente", Sandra Fei tuvo que ceder

y firmó con aquel un acuerdo que representaba, a su entender, la única forma de volver a tener contacto con las menores. Mediante este acto, la madre accedía a dejar la tenencia de las niñas en poder del padre y se convenía que, si éste contraía matrimonio, la custodia pasaría a la señora Fei. Se definía en el acuerdo lo relativo a los derechos de Patria Potestad, tenencia y cuidado personal de las menores y gastos de alimentación y se designaba a Rodolfo Segovia Salas -cuñado de Jaime Ospina- como amigable componedor, a fin de buscar soluciones para las diferencias que en adelante y en lo referente al acuerdo pudieran surgir entre los ex-cónyuges.

Ospina y Fei lograron, pues, separarse pero sobre la base del enunciado compromiso.

El acuerdo se incorporó a las sentencias de separación de cuerpos y de divorcio, proferidas por los jueces civiles Octavo y Primero de Circuito de Santafé de Bogotá.

Al tenor de la demanda, en los últimos seis años Jaime Ospina ha tenido dos uniones estables, lo cual -agrega- certificó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar durante visita domiciliaria. Por lo tanto, dice el apoderado, se configuró la hipótesis prevista en la aludida cláusula del acuerdo.

La petente expresa que trató de organizar su vida en Colombia pero siempre tropezó con dificultades para ver a sus hijas. Añade que en varias oportunidades fue golpeada por Jaime Ospina, quien le causó lesiones personales. En una ocasión -dice- se la incapacitó por seis días; la denuncia correspondiente fue formulada ante la Comisaría Nacional de Policía Judicial de San Fernando en Santafé de Bogotá el 30 de septiembre de 1991.

A lo anterior debe agregarse que, en los términos de la demanda, la señora Fei encontró muchos tropiezos para trabajar en Colombia, situación que el apoderado atribuye a las influencias de Jaime Ospina y su familia. Finalmente la nombraron corresponsal del "Noticiero 24 horas" en París; establecida en dicha ciudad, obtuvo visa de residente en Francia.

Indica la demanda que Sandra Fei ha venido en varias ocasiones a Colombia para ver a sus hijas, a las cuales invitó a pasar vacaciones en Europa durante el verano de 1984. Lo logró con dificultad, ya que el señor Ospina condicionó el permiso para la salida de las niñas a que ella firmara el divorcio por mutuo acuerdo.

Para las vacaciones de 1985 el señor Ospina concedió la autorización para el viaje de las niñas a París apenas unas horas antes de la partida del avión el 13 de junio. La señora Fei había consultado a su abogado en París sobre la obtención del divorcio en esa ciudad. La demanda se presentó el 7 de junio de 1985 ante juez francés, debido a la incompetencia de la justicia italiana por estar la demandante domiciliada en París. Sandra Fei solicitó que dentro del proceso iniciado se citara al padre de las niñas y se tomaran medidas urgentes en lo concerniente a la custodia de aquellas.

Hallándose la demandante en Santafé de Bogotá, se admitió la demanda y se ordenó la citación del marido a audiencia. Esta se llevó a cabo el 28 de junio del indicado año.

El 11 de julio de 1985 el juez francés atribuyó provisionalmente la custodia de las niñas al padre, mediante providencia que fue apelada por Sandra Fei.

Dice la demanda de tutela que el 10 de septiembre de 1985 se presentó la apelación ante la Cámara de Urgencias de la Corte de Apelaciones de París, la cual entró a deliberar el 10 de octubre. En esta fecha, la Corte confirmó la decisión apelada.

Según puede leerse en el libelo, el 26 de septiembre de 1985, hallándose en París y antes de la decisión judicial últimamente mencionada, la señora Fei fue atrapada por tres hombres que a la fuerza le arrebataron a sus hijas y las entregaron, contra la voluntad de ellas, a Jaime Ospina. Este, acompañado de la dama con quien hacía vida marital, las esperaba en un carro que emprendió la fuga. Habiendo alcanzado y abordado el vehículo con la ayuda de un automovilista, la demandante afirma haber sido lanzada brutalmente por el propio Ospina a la calzada.

Los pasaportes de las menores permanecieron en poder de la madre, motivo por el cual, partiendo de los números correspondientes, el abogado demandante concluye: "...las niñas entraron a Colombia el 28 de septiembre provenientes de Aruba, con pasaportes que para ese efecto expidió irregularmente el Cónsul de Colombia en Bélgica...".

Continúa el procurador judicial de la accionante:

"Teniendo en cuenta la sustracción violenta de sus hijas de que fue víctima la señora Fei, ésta intenta un procedimiento de urgencia para modificar el derecho sobre la custodia y

solicita que se le conceda el divorcio”.

Este proceso concluyó en la confirmación de la custodia para el padre aunque resaltando - con base en las afirmaciones del apoderado de Ospina en París- que entre los padres existía un acuerdo sobre la visita de las niñas a Francia, la cual tendría lugar entre el 22 de marzo y el 6 de abril de 1986 (Semana Santa).

El 17 de enero de 1986 Sandra Fei fue notificada de dos demandas instauradas en Colombia por Jaime Ospina: la una de divorcio y la otra de revisión del régimen de visitas de la madre a las hijas, buscando hacerlo más estricto. En esa demanda se solicitaba, a título de medidas provisionales, “la suspensión de todo derecho de visita sobre las niñas (sic) y la prohibición de salir del territorio colombiano”.

Estos procesos -alega el apoderado- se habían iniciado desde el mes de julio de 1985 sin que la señora Fei hubiera sido enterada.

También fue notificada a la señora Fei una tercera demanda, enderezada a privarla de la Patria Potestad en relación con las niñas. En este proceso fue decretada la perención el 13 de septiembre de 1988.

El proceso de divorcio en Francia siguió su curso y el 7 de julio de 1986 se pronunció sentencia confirmando la custodia para el padre. Este fallo también fue apelado por la señora Fei.

El 11 de enero de 1987 la Corte de Apelaciones de París confirmó el divorcio pero condenó en gastos al señor Ospina y confió la custodia de las niñas a la madre, reglamentando el derecho de visitas en cuanto al señor Ospina, quien presentó recurso de casación contra esta sentencia. El fallo fue casado y, al decir de la demandante, la Corte de Casación desconoció en esta oportunidad el acuerdo celebrado entre los esposos sobre transferencia automática de la custodia de las niñas por el hecho de sostener el padre relaciones estables con otra persona.

El 7 de octubre de 1987, expresa la demanda, la Sala 26 del Tribunal de Grande Instancia de París condenó al señor Ospina a pena de prisión de un año por no haber enviado a las niñas a esa ciudad para pasar la Semana Santa de 1986 con su madre, a lo cual se había

comprometido judicialmente, según las reglas del Derecho francés.

Afirma la actora que los multicitados acuerdos, incorporados a sentencias en firme, nunca fueron respetados por el señor Ospina en detrimento de los derechos fundamentales de ella y de las niñas. Apunta que, desde el rapto de las menores en París, sólo ha podido verlas excepcionalmente y siempre en compañía de otras personas.

Dice así la demanda:

“En cuanto al régimen de visitas cabe resaltar que la Señora Fei se ha desplazado en tres oportunidades a Colombia para sólo poder ver a sus hijas en condiciones indignas e infamantes para una Madre: en casa de la señora de Rodolfo Segovia Salas, tía de las niñas por parte de su padre, en presencia de una psicóloga y, en un cuarto cerrado, durante la visita realizada por la madre legítima en compañía de la Señora Susana Agnelli, personalidad italiana que se desplazó a Colombia para tal efecto”.

La tutela se solicita no solamente contra Jaime Ospina sino contra la Procuraduría General de la Nación y el Juzgado 19 de Familia de Santafé de Bogotá, pues afirma el apoderado de la petente que estos despachos, con su pasividad, patrocinan las conductas de aquel, “cuyos núcleos familiares y amistosos le permiten en Colombia que las sentencias de los jueces colombianos continúen sin aplicación, pese a estar vigentes”.

Alega que en memorial del 11 de mayo de 1992 se solicitó al señor Procurador General de la Nación hacer cumplir la sentencia del Juez Primero Civil del Circuito de Santafé de Bogotá del 13 de marzo de 1989 así como promover investigación contra Jaime Ospina por la posible comisión del delito de fraude a resolución judicial, sin haber obtenido resultado. A juicio de la demandante la Procuraduría “no ha realizado ninguna acción efectiva (...) permitiendo con su omisión que se lesionen los derechos fundamentales que protege nuestra Carta Magna”.

El 18 de junio de 1991, Jaime Ospina promovió proceso de regulación de visitas de la madre a las hijas, el cual cursaba ante el Juzgado 19 de Familia de Santafé de Bogotá cuando se instauró la acción de tutela. “Este despacho -acusa el apoderado de la petente- ha vulnerado el derecho de petición ya que, a pesar de tener todos los elementos desde un principio para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales de la señora Fei y recientemente la garantía diplomática del gobierno italiano en el sentido de que las niñas serán devueltas

cuando visiten a su madre en Italia, ignora, no sé sí deliberadamente, los tratados internacionales que existen a este respecto y continúa solicitando garantías adicionales abiertamente inconstitucionales”.

También hace referencia la demanda a una comunicación del Canciller Italiano a la Ministra de Relaciones Exteriores de Colombia, en la cual dicho Gobierno pide que se respeten los derechos humanos de la señora Fei y los compromisos del país con la comunidad internacional “para no ver afectadas, como ya está sucediendo, las relaciones con un país con el cual existen lazos de recíproca y fructuosa colaboración” (carta de abril 4 de 1992).

Agrega el apoderado:

“No sabemos cómo el señor Ospina espera obtener una restricción aún más rígida de las visitas, ya que como es de su conocimiento, la señora Sandra Fei solo ha podido estar con sus hijas en los últimos años por espacio de dos horas en compañía de una sicóloga y como resultado del desplazamiento de una personalidad italiana a Colombia para tal efecto. Me preocupa que el señor Ospina no sólo haya desconocido el régimen de visitas que señala la sentencia, sino que pretenda restringirlo violando principios de derecho humanitario reconocidos por la comunidad internacional”.

Cuatro días después de la audiencia llevada a cabo en el Juzgado 19 de Familia de Bogotá, el señor Ospina interpuso una acción de tutela contra la señora Sandra Fei. La tutela fue negada.

A juicio de la demandante se ha pretendido burlar las decisiones judiciales que le otorgan derechos legítimos pues no han tenido aplicación efectiva las sentencias de separación de cuerpos y divorcio proferidas por tribunales colombianos, mientras que se solicitan por su antiguo esposo garantías financieras, judiciales y diplomáticas para que las niñas la visiten en Italia. Dice el mandatario de la actora que en Colombia se pretende impedir a toda costa el normal contacto de la madre con sus hijas incluso buscando que sea encausada penalmente con base en distintas imputaciones para que se dificulte su ingreso y salida del país.

Declara al respecto la demanda que el Gobierno de Italia ha asegurado en varias oportunidades el regreso de las niñas en el evento de que éstas visiten a su madre en ese

país.

Informa la demandante que en tres oportunidades durante el proceso de regulación de visitas el señor Ospina ha aceptado la posibilidad de reflexionar sobre una conciliación y que considera útil y benéfico que las niñas mantengan relaciones periódicas con su madre. Sin embargo -anota la demanda- con su conducta Ospina ha faltado a la buena fe procesal. El padre de las niñas -agrega- aprovecha cada invitación a conciliar para interponer acciones que no conducen sino a reiterar la violación de los derechos fundamentales de la madre y las menores.

La petente considera violados los derechos fundamentales de los niños de que trata el artículo 44 de la Carta Política y los artículos 42, 43 y 93 de la misma.

II. DECISIONES JUDICIALES

Primera instancia

Correspondió decidir sobre la acción de tutela en primera instancia al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, el cual decidió tutelar en forma transitoria los derechos de las menores y de su madre Sandra Fei, mientras se definían las pautas aplicables a la situación planteada dentro del proceso de regulación de visitas que entonces cursaba en el Juzgado 19 de Familia de Bogotá.

Las principales consideraciones de esa decisión judicial son las siguientes:

"Conforme al material probatorio recaudado y en especial de la valoración del interrogatorio de parte realizado a instancia de la Sala, a través del cual Jaime Ospina Sardi, luego de narrar los pormenores del desarrollo del acuerdo de visitas hasta 1985, confiesa que en verdad desde entonces no ha permitido la ejecución normal de lo convenido, por lo menos en Colombia, porque cuando insiste en que las condiciones no están dadas, cuando exige el cumplimiento de los roles maternos, pone en evidencia su manifiesto deseo de apartarse de lo que hasta hoy rige para las relaciones de la familia Ospina-Fei; conducta que no se compadece con las obligaciones que subsisten entre quienes estuvieron casados y en forma especial con los principios y pautas a seguir, las que deben converger todas a la formación integral de los hijos habidos dentro de dicha unión. Si a lo expuesto se suma que la señora

Fei no puede circular libremente, ni salir de Italia, por lo menos con destino a Colombia, por la falta de autorización del marido; resaltase que por no estar divorciados ante la justicia Italiana, que sí en Francia y Colombia, persevera la limitación aludida. Ello se deduce de los requerimientos hechos por el señor Embajador del lejano país al señor Ospina, y se concluye de lo aceptado por él, al ser interrogado por el Tribunal; el que ella sea colombiana no la salva de la limitación anotada, porque prevalece su condición de mujer casada en Italia para que opere con rigor el predicho impedimento y según se afirma en los hechos cuando se ha desplazado sin su consentimiento, ha sido por razones de trabajo y hasta con la intervención diplomática. Lo hasta aquí expuesto sube de punto si se analiza la conducta judicial desplegada por el señor Ospina, cuando coincidentemente con las fechas en que la madre se encuentra en Colombia, presenta en su contra, como se dijo, una acción de tutela para proteger los derechos de libertad e integridad física de las niñas, todo porque quiso visitarlas en el club; denuncia penal por calumnia y falso testimonio, todo esto no alcanza a desvanecerse con lo afirmado para justificar esta conducta, porque el accionado antepone su imagen o las eventuales contradicciones en que pudo incurrir Sandra Fei dentro de la diligencia de interrogatorio, a buscar una manera de sosegar la situación, olvidando que por encima de todos estos motivos, están los que aluden a la protección de las menores. Dígase en este punto, que no hay razón valedera para que se permitiera el arribo de las niñas a las diligencias que cursan como consecuencia de la denuncia por falso testimonio, esto es, que se les llame a declarar bajo juramento, sin la asistencia de un defensor de familia, por lo menos. Si bien es cierto que fue una decisión de la fiscalía, no lo es menos que él como denunciante y progenitor -representante legal- de las mismas, debió protegerlas de estas irregularidades e impedir un tratamiento que está prohibido por normas sustanciales y procesales; sin dejar de lado la angustia que conlleva para un menor la asistencia a un juzgado, asunto apenas comprensible pero no menos soportable por los adultos. En fin, el manejo de la situación no es tan cercano a la realidad que quiere mostrar el padre cuestionado y por último no es del todo aceptable que porque le asiste el temor de que se vuelvan a repetir los bochornosos hechos que relatan ocurrieron en París, para lograr el retorno de las niñas al país, se ponga toda clase de talanquera y condicionamiento para que la madre y las hijas, abriguen la esperanza de que por un instante, tengan un feliz encuentro y un mejor vivir. Recábase que Jaime Ospina Sardi pone recurrentemente de presente que la madre abandonó las hijas desde muy temprana edad, mas lo que muestran los hechos probados, es que inicialmente hubo un acuerdo, el que posteriormente se proyecta en la

sentencia de separación de cuerpos por mutuo acuerdo y se recoge luego como puntal para el divorcio.

Ahora bien. Entrando un poco más en el estudio de la situación de las menores, encuéntrese que el padre desde los albores de su existencia, les ha dado lo mejor de sí para criarlas, educarlas, orientarlas, para fomentar en ellas unas disciplinas propicias para un mejor desarrollo y porvenir; pero ello no significa que sea lo mejor y apropiado para las niñas, ya que ciertamente se percibe la ausencia de esfuerzos en pos de mantener la imagen de la madre dentro una moderada discreción (sic); puede afirmarse que poco es lo hecho para fomentar el apego que éstas y aquella tienen derecho a depararse. Maya, al ser entrevistada por el Juzgado 19 de Familia muestra una profunda agresividad hacia la madre y se vislumbra disminuída la escala de sus valores, porque ha primado más el escándalo público que mínima voluntad para ceder y abrir paso a los afectos”.

(...)

“Es cierto que en el sub-judice se cuenta con otros mecanismos judiciales, por cuyo sendero se puedan hacer cumplir las normas que regulan los derechos de los padres y de las niñas en la forma y términos que quedaron plasmadas en las sentencias de separación de cuerpos y de divorcio, empero como ha sido solicitada como mecanismo transitorio y se dan los supuestos fácticos y jurídicos a que hicimos mención al iniciar las consideraciones; vale decir: se dirige contra un tercero frente al cual la madre y las menores están en indefensión. Encuentra la Sala que es del caso acceder en forma transitoria a la tutela de los derechos de las menores y los correlativos de la madre, en cuanto que se debe dar estricto cumplimiento a los mismos, mientras se define el proceso de regulación de visitas donde muy seguramente quedarán definidas las visitas en el exterior y respecto de las cuales guarda silencio el tan mentado acuerdo.

Puntualicemos algo más. En lo que tiene que ver con la acción penal de fraude a resolución judicial podría pensarse que este es otro mecanismo de defensa, pero se considera que no es un medio eficaz para proteger el derecho fundamental vulnerado, toda vez que la decisión final que allí se tome, si bien puede implicar una sanción penal y pecuniaria contra el presunto responsable, no evitaría una vulneración del derecho”.

(...)

"Revisada la actuación surtida ante la Delegada del Menor y la Familia, con ocasión de la solicitud de la señora Ministra de Relaciones Exteriores, donde se pone en conocimiento de la Procuraduría la situación vivida por la accionante; poniendo de cara que aquel ente como encargado de la guarda de las decisiones judiciales, debe proceder.

Dentro de la más sana exégesis, el art. 277 de la Carta Constitucional, en verdad coloca en manos de la Procuraduría el deber de velar por el cumplimiento de las decisiones judiciales; pero cuando su ejecución esté en manos y al alcance de los funcionarios o empleados a quienes les compete vigilar. Ella no tiene poder sancionador punitivo, no coercitivo, ni policivo frente a los particulares; para los agresores de las decisiones judiciales, cuando de este linaje se trate, existen los mecanismos judiciales penales, tales como la investigación por fraude a resolución judicial u otro de similar talante y para la activación están legitimados todos los coasociados, como que todos tenemos la obligación de poner en conocimiento de las autoridades los ilícitos de que nos enteramos.

Puestas así las cosas, en el caso que nos ocupa, Jaime Ospina Sardi a quien se señala como infractor de las sentencias es un tercero, alejado del radio de acción de la Procuraduría y a ello agréguese que el eventual incumplimiento de las funciones constitucionales no alcanzaría en este concreto caso a violar un derecho fundamental constitucional. En armonía con lo dicho, no prospera la tutela en su contra.

Empero, no está por demás observar que los informes rendidos por la delegada con ocasión de su intervención en el proceso de regulación de visitas, sólo lo han sido informativo, que no evaluativo de la situación. Sin embargo, considera la Sala que es loable la gestión de la delegada al servir de mediadora y prestar su casa para propiciar el encuentro de la madre con las menores, pero tal actuación parece desbordar los límites funcionales impuestos en el numeral 1º del artículo 294 del Código del Menor y por el contrario sí se vislumbra omisión cuando pone de manifiesto en la respuesta al apoderado que las decisiones iniciales no se cumplen por falta de colaboración del señor Ospina, porque ese aspecto no la exime de poner en conocimiento de las autoridades el posible fraude a las resoluciones judiciales, por parte del particular. Esta Sala se abstendrá de hacerlo porque en el expediente se encuentra copia de la denuncia que por tales hechos formuló Sandra Fei.

En lo que atañe a las actuaciones del Juez 19 de Familia, es menester expresar que por lo

decidido dentro de la acción de inconstitucionalidad por la H. Corte Constitucional en sentencia del 1º de octubre del año que avanza, no es procedente la tutela contra las decisiones judiciales y en ese tema esta Sala fijó su posición, haciendo acopio de la providencia atrás citada”.

Con apoyo en estas razones, el Tribunal resolvió:

“1.- Tutelar transitoriamente los derechos fundamentales de rango constitucional de las menores Shani y Maya Ospina Fei, a tener relaciones personales y contacto directo con su madre Sandra Fei, en las condiciones de tiempo y lugar señalados en el acuerdo privado llevado a cabo entre los cónyuges y que hizo parte integrante de la sentencia de separación de cuerpos y divorcio proferidas el 19 de mayo de 1982 y el 13 de marzo de 1989, por los jueces Octavo y Primero Civiles del Circuito de esta ciudad, respectivamente y el correlativo derecho de la madre en tal sentido y mientras se redefinen las pautas que en adelante regirán las relaciones, los deberes y derechos de los progenitores frente a las menores y en especial el régimen de visitas en el exterior, dentro del proceso de regulación de visitas que cursa actualmente en el Juzgado 19 de Familia de esta capital. Precísase que el ejercicio de los derechos tutelados se realizará en el país que de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

2.- Ordenar al señor Jaime Ospina Sardi, en su condición de padre de las menores a cumplir con el mandato aquí establecido, so pena de incurrir, en caso de desacato, en sanción de arresto de 30 días y multa de dos salarios mínimos mensuales, que se impondrán si a ello hubiere lugar, mediante el trámite incidental legalmente previsto.

4.- Los medios de comunicación, de conformidad con el artículo 300 del Código del Menor, no podrán realizar transmisiones o publicaciones de lo aquí decidido.

5.- Niégase la tutela instaurada contra el señor Procurador General de la Nación y contra el Juzgado 19 de Familia de esta ciudad.

6.- Compúlsense copias del libelo con que se instauró esta tutela, de los autos dictados y las pruebas practicadas durante su trámite y de esta providencia, y envíese a la Procuraduría General de la Nación para los efectos indicados en las consideraciones”.

Segunda instancia

Impugnada la decisión del Tribunal por ambas partes, correspondió resolver a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, la cual en fallo del 9 de febrero de 1993, concedió transitoriamente la tutela modificando parcialmente el ordinal primero del fallo de primera instancia, con base en las siguientes consideraciones:

(...)

“Se advierte, que a través de la acción de tutela no se puede pretender la custodia de las hijas desconociéndose de paso las normas tanto sustanciales como procedimentales que la legislación colombiana consagra para dicho trámite. Así entonces, si la custodia ha sido asignada al padre de las menores por decisiones judiciales en firme emanadas de jueces colombianos, como enfáticamente lo expresan los hechos de que da cuenta esta acción, mal podría ahora, a través de este mecanismo entrar a privársele de ella, por cuanto aunque se den las circunstancias que narra la accionante para que éste pierda la custodia, como ésta no opera de pleno derecho, se hace necesario que a través del proceso adecuado con apoyo en las pruebas que acrediten su pérdida, se obtenga decisión judicial que así lo determine”.

(...)

“Otro tópico bien diferente muestra las imputaciones que se hacen al padre de las menores, al no permitirse por parte de éste, que respecto de ellas, se ejerza por su madre los derechos de patria potestad y de visitas, en condiciones humanas fundamentales, conforme se tiene establecido en normas especiales como son los Tratados Internacionales, que en esta materia han sido debidamente suscritos por Colombia y que prevalecen al orden interno que rige, derechos que por lo demás vienen a ser correlativos de los que tienen las menores a ser visitadas, orientadas, amadas y educadas por su madre, con quien pueden además compartir momentos de sano esparcimiento y recreación, máxime cuando ha sido previamente convenido por los ex-cónyuges la manera como se desarrollarán estas actividades, acuerdos que se encuentran recogidos por sentencias que siguen vigentes en su ejecución, por virtud de no obrar aún otra que contravenga lo establecido en la separación de cuerpos y de divorcio proferidas por los jueces colombianos.

La regulación de visitas y permanencia de los hijos con el padre o la madre de cuyo cuidado

se hubiesen sacado (artículo 256 del C.C.), no debe entenderse como una potestad que le permita a los padres someter a los hijos y al marido, imponer y ser preferido frente a la madre, como lo era antes en la concepción tradicional, derivada de la patria potestad y la potestad marital, en primer término porque se trata de una institución jurídica, salvo excepciones, autónoma e independiente de estos fenómenos. Y, en segundo lugar, porque dentro del actual concepción familiar (basada ante todo en la unidad dentro de la diversidad, igualdad y autonomía de sus miembros), el aspecto subjetivo de la visita aparece como un derecho familiar de los padres, limitado en su contenido hasta el punto que puede llegar a ser sustituído por “el interés superior del menor” (art. 20 del Decreto 2737 de 1989, Código del Menor). Pues dado el tratamiento actual de este último, no como objeto o sujeto pasivo de los padres sino como persona con interés y autonomía funcional distintas a la de estos últimos, el derecho de aquél ha de prevalecer aún a costa del derecho que habría de corresponder a los padres, tal como ocurría por ejemplo, en aquella situación irregular de abandono o de peligro cuando por la ruptura de los lazos de pareja (por separación de hecho o derecho, divorcio, nulidad del matrimonio o cualquier otro motivo) se afecta la salud física o mental del menor, particularmente cuando con ella se intensifica la angustia y la incertidumbre de su estado o se trata de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores (art. 31, numeral 7 y parágrafo 2º, Código del Menor citado).

Ahora, este es un derecho de rango constitucional fundamental que necesariamente debe ser protegido en favor de los menores.

La regulación de visitas es reglada por la jurisdicción, con características de normatividad y dirección continuada, lo que indica que, la convenida por los padres Ospina- Sardi respecto de sus hijas, y recogida por las sentencias multicitadas, conserva su vigencia entre tanto otra decisión judicial, que bien puede ser la que se llegue a proferir por el Juez 19 de Familia en el proceso de regulación de visitas referido, u otra que obedezca por ejemplo a una acción de custodia o similar que instaure la madre, la modifiquen; pero mientras ello ocurra, es procedente tutelar de manera transitoria este amparo, máxime si como expresamente lo ha garantizado en varias oportunidades el gobierno italiano, las menores pueden visitar a su madre en dicho país, con la seguridad de ser regresadas a Colombia”.

En la sentencia de la Corte Suprema se resolvió:

(...)

“Tutélanse transitoriamente los derechos fundamentales de rango constitucional de las menores SHANI y MAYA OSPINA FEI, en las condiciones de tiempo y lugar señaladas en el acuerdo privado llevado a cabo entre los padres Ospina - Fei y que hizo parte integrante de las sentencias de separación de cuerpos y de divorcio proferidas el 19 de mayo de 1992 y 13 de marzo de 1989, por los Jueces Octavo y Primero Civiles del Circuito de esta ciudad, respectivamente y el correlativo derecho de la madre, en tal sentido, y mientras no exista decisión judicial que los modifique, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva”.

Fueron confirmados los ordinales 2, 3, 4 y 5 de la parte resolutiva del fallo de primera instancia.

Se revocó lo dispuesto en el ordinal 6º de dicha parte resolutiva y en su lugar se dispuso que no habría lugar a la compulsación de copias por no encontrar mérito para ello.

Solicitada por ambas partes la aclaración de la sentencia, la Corte Suprema, mediante providencia del 4 de marzo de 1992, resolvió denegar la petición de la demandante, manifestando que “al confrontar las premisas sentadas con el fallo pronunciado el 9 de febrero del presente año y con las solicitudes de aclaración y petición a que aluden los escritos presentados por la accionante Sandra Fei, se observa que no existen conceptos o frases ininteligibles que ofrezcan verdaderos motivos de duda, contenidos en su parte resolutiva o que incidan en la misma”.

La Corte Suprema de Justicia no se refirió a la petición de aclaración hecha por el apoderado del señor Ospina.

Competencia

Puesto que fue seleccionada y repartida a la Sala Quinta de esta Corte de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, goza ella de competencia para revisar las decisiones judiciales proferidas al resolver sobre la acción de tutela en referencia, según los artículos 86 y 241-9 de la Carta Política.

Procedencia parcial de la acción. Tutela contra autoridades públicas.

Se interpuso la acción de tutela simultáneamente contra dos autoridades públicas - Procurador General de la Nación y Juez 19 de Familia de Santafé de Bogotá- y contra un particular, el señor JAIME OSPINA SARDI, en nombre de la demandante y de sus hijas menores.

La Corte Constitucional debe referirse brevemente a la procedencia de la acción respecto de cada uno de los demandados:

En el caso del Procurador General de la Nación, el motivo de la demanda es su posible omisión en lo concerniente al cumplimiento de decisiones judiciales, lo cual es plenamente admisible, como lo ha reiterado la jurisprudencia.

En efecto, tratándose de autoridades públicas, tanto sus actuaciones positivas como las omisiones en que incurran pueden vulnerar o poner en peligro derechos fundamentales, luego también la falta de actividad de un organismo o funcionario, en cuanto implique lesión o amenaza de tales derechos, es posible de la acción de tutela, como lo acredita sin dejar lugar a inquietudes el precepto constitucional que la consagra, al expresar que la protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita “actúe o se abstenga de hacerlo”.

Pese a lo dicho, la tutela contra el Procurador no podía prosperar en este caso, pues no aparece probada en el proceso la omisión que se le imputa.

Tutela contra providencias judiciales. Autonomía funcional del juez

Se reitera lo dicho por esta Corte en Sentencia No. 543 del 1º de octubre de 1992:

(...)

“El principio democrático de la autonomía funcional del juez, hoy expresamente reconocido en la Carta Política, busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones sobre el funcionario que las adopta. Aún cuando el superior jerárquico debe efectuar el estudio de una sentencia apelada o consultada (artículo 31 de la Constitución), aquél no está autorizado por las disposiciones sobre competencia funcional para impartir órdenes a su inferior respecto al sentido del fallo, sino que, en la hipótesis de hallar motivos suficientes para su revocatoria, debe sustituir la providencia dictada por la que estima se

ajusta a las prescripciones legales pero sin imponer su criterio personal en relación con el asunto controvertido. De ningún modo se podría preservar la autonomía e independencia funcional de un juez de la República si la sentencia por él proferida en un caso específico quedara expuesta a la interferencia proveniente de órdenes impartidas por otro juez ajeno al proceso correspondiente, probablemente de especialidad distinta y, además, por fuera de los procedimientos legalmente previstos en relación con el ejercicio de recursos ordinarios y extraordinarios.

Téngase presente que en el Estado de Derecho no son admisibles las atribuciones implícitas ni las facultades de alcance indeterminado, lo cual equivale al rechazo del acto proferido por quien carece de autoridad previa y claramente definida por norma positiva para actuar en la materia correspondiente (artículos 6º, 122 y 123 de la Constitución).

De este postulado se concluye con facilidad que en el campo de la administración de justicia quien cumpla tan delicada función pública únicamente puede hacerlo revestido de jurisdicción y competencia. Ya que la segunda tiene a la primera por presupuesto, si falta la jurisdicción tampoco se tiene la competencia para fallar en el caso concreto.

Como se puede advertir, habiendo establecido el Constituyente jurisdicciones autónomas y separadas (Título VIII de la Constitución) y puesto que el funcionamiento de ellas ha de ser desconcentrado y autónomo (artículo 228 de la Carta), no encaja dentro de la preceptiva fundamental un sistema que haga posible al juez, bajo el pretexto de actuar en ejercicio de la jurisdicción Constitucional, penetrar en el ámbito que la propia Carta ha reservado a jurisdicciones como la ordinaria o la contencioso administrativa a fin de resolver puntos de derecho que están o estuvieron al cuidado de estas. Considerar que semejante opción se aviene a lo preceptuado por la Carta, tanto vale como aceptar que ésta consagró jurisdicciones jerarquizadas, lo cual no encuentra sustento en la normatividad vigente.

Aunque se admitiera, en gracia de la discusión, que, a pesar de las razones enunciadas, fuera procedente la acción de tutela para que un juez impartiera órdenes a otro en relación con las providencias proferidas por su Despacho, tal posibilidad de todas maneras resultaría contraria al espíritu y al mandato del artículo 86 de la Constitución, pues reñiría con su carácter inmediato, en cuanto la orden habría de retrotraerse necesariamente al proceso culminado, con la inequívoca consecuencia de la invalidación, total o parcial, de etapas

anteriores a la adopción del fallo, prolongando indefinidamente la solución del litigio.

No es posible establecer con precisión qué clase de órdenes podrían darse en estos casos, lo cual implica que en cabeza de los jueces de tutela, si en efecto gozaran constitucionalmente del poder que les atribuyen las normas demandadas, se habrían concentrado ilimitadas atribuciones, en ejercicio de las cuales estarían autorizados para invadir los procesos que se tramitan en las diferentes órbitas de la jurisdicción, horadando y destruyendo el esquema que la ley por mandato de la Carta (artículos 29 y 150, numeral 2) ha establecido para cada uno de ellos. La gama de posibilidades es muy amplia, pues sobre el supuesto, no aceptado por la Corte, de que las sentencias son vulnerables a la acción de tutela, ésta no encontraría linderos en relación con los distintos momentos procesales que antecedieron al fallo y, por ende, las perspectivas de revisión de lo actuado cubrirían desde la reiniciación del proceso, a partir de la primera instancia, hasta la corrección de lo resuelto de fondo en la sentencia definitiva, pasando por eventuales modificaciones de providencias intermedias, cumplidas o no, y de sentencias que fueron objeto de recursos, así como la declaración de nulidades, a todo lo cual se agregaría, en sede de tutela, la resolución inicial, la impugnación del fallo proferido en la primera instancia y, además, la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional. En cada una de estas etapas podrían producirse decisiones contrarias y, en consecuencia, lejos de alcanzarse la finalidad de una justicia efectiva tal como lo ordena la Constitución (Preámbulo y artículos 2º, 29 y 228), se generaría la confusión en las relaciones jurídicas y, por consecuencia, desaparecería todo asomo de orden justo".

"...no está dentro de las atribuciones del juez de tutela la de inmiscuirse en el trámite de un proceso judicial en curso, adoptando decisiones paralelas a las que cumple, en ejercicio de su función, quien lo conduce, ya que tal posibilidad está excluida de plano en los conceptos de autonomía e independencia funcionales (artículos 228 y 230 de la Carta), a los cuales ya se ha hecho referencia.

De ningún modo es admisible, entonces, que quien resuelve sobre la tutela extienda su poder de decisión hasta el extremo de resolver sobre la cuestión litigiosa que se debate en un proceso, o en relación con el derecho que allí se controvierte.

No puede, por tanto, proferir resoluciones o mandatos que interfieran u obstaculicen diligencias judiciales ya ordenadas por el juez de conocimiento, ni modificar providencias por

él dictadas, no solamente por cuanto ello representaría una invasión en la órbita autónoma del juzgador y en la independencia y desconcentración que caracterizan a la administración de justicia (artículo 228 C.N.), sino porque, al cambiar inopinadamente las reglas predeterminadas por la ley en cuanto a las formas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.), quebrantaría abierta y gravemente los principios constitucionales del debido proceso. Lo anterior sin tener en cuenta la ostensible falta de competencia que podría acarrear la nulidad de los actos y diligencias producidos como consecuencia de la decisión con los consiguientes perjuicios para las partes, la indebida prolongación de los procesos y la congestión que, de extenderse, ocasionaría esta práctica en los despachos judiciales”.

En el caso presente, se pretendía por el apoderado de la demandante que se hiciera valer la tutela para condicionar la determinación judicial mediante la cual habría de establecerse el régimen de visitas entre madre e hijas, a lo cual no podían acceder los tribunales de instancia ni tampoco esta Corte, por cuanto de haber sido así se habría desconocido abiertamente la autonomía funcional del juez, protegida por los artículos 228 y 230 de la Constitución Política como elemento sustancial del ordenamiento jurídico colombiano.

Por otra parte, como lo expresó con acierto la Corte Suprema de Justicia, también era improcedente la acción entablada contra el Juez 19 de Familia de SantaFé de Bogotá en relación con las providencias por él proferidas para solicitar una serie de garantías, en su criterio necesarias para fijar el régimen de visitas, pretensión ésta cuya prosperidad significaría desconocimiento de la cosa juzgada constitucional definida por esta Corte en el mencionado fallo, por el cual se declararon inexequibles los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991.

Aquí no podía hablarse de omisión por parte del fallador, ni tampoco se lo podía sindicar de haber incurrido en vías de hecho que hicieran aplicable la acción de tutela para restaurar el derecho vulnerado.

Improcedencia del derecho de petición dentro de procesos judiciales

Ahora bien, la Corte Constitucional no encuentra que el citado juez hubiese desconocido el derecho de petición de la accionante, primero por cuanto en la demanda no se precisa el motivo de la alegada violación y segundo porque en el expediente no existe prueba alguna al respecto, como también lo indica el fallo de la Corte Suprema.

A lo anterior debe añadirse que el derecho de petición no puede invocarse para solicitar a un juez que haga o deje de hacer algo dentro de su función judicial, pues ella está gobernada por los principios y normas del proceso que aquél conduce. Las partes y los intervenientes dentro de él tienen todas las posibilidades de actuación y defensa según las reglas propias de cada juicio (artículo 29 C.N.) y, por tanto, los pedimentos que formulen al juez están sujetos a las oportunidades y formas que la ley señala. En ese contexto, el juez, en el curso del proceso, está obligado a tramitar lo que ante él se pida pero no atendiendo a las disposiciones propias del derecho de petición, cuyos trámites y términos han sido previstos en el Código Contencioso Administrativo para las actuaciones de índole administrativa, sino con arreglo al ordenamiento procesal de que se trate. A la inversa, las funciones de carácter administrativo a cargo de los jueces, dada su naturaleza, sí están sometidas a la normativa legal sobre derecho de petición, tal como resulta del artículo 1º del Código adoptado mediante Decreto 01 de 1984.

Tutela contra particulares. Concepto de indefensión

Muy distinto es el caso del padre de las menores, contra quien sin lugar a dudas cabía la acción de tutela intentada, a pesar de no hallarse revestido de autoridad pública.

Está bien definido por la Constitución y por la jurisprudencia que este mecanismo protector de los derechos fundamentales puede ser usado en relación con particulares en los casos que la ley lo indique, "...respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

Entiende esta Corte que la subordinación alude a la existencia de una relación jurídica de dependencia, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores respecto de sus patronos, o con los estudiantes frente a sus profesores o ante los directivos del establecimiento al que pertenecen, en tanto que la indefensión, si bien hace referencia a una relación que también implica la dependencia de una persona respecto de otra, ella no tiene su origen en la obligatoriedad derivada de un orden jurídico o social determinado sino en situaciones de naturaleza fáctica en cuya virtud la persona afectada en su derecho carece de defensa, entendida ésta como posibilidad de respuesta efectiva ante la violación o amenaza de que se trate.

En torno a dicho concepto ha expresado la Corte Constitucional:

"La situación de indefensión a que alude el numeral noveno del artículo 42, significa que la persona que interpone la tutela carezca de medios de defensa contra los ataques o agravios que, a sus derechos constitucionales fundamentales, sean realizados por el particular contra el cual se impetra.

El estado de indefensión o impotencia se analizará teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de las personas involucradas y de los hechos relevantes (condiciones económicas, sociales, culturales, antecedentes personales, etc.).

Evidentemente, el concepto de indefensión es relacional. Esto significa que el estado de indefensión en que se encuentra el ciudadano en relación con otro particular habrá que determinarlo de acuerdo al tipo de vínculo que exista entre ambos". (Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-573. Sala Primera de Revisión. 28 de octubre de 1992. Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón).

En el caso sometido a revisión, es evidente que existe subordinación de las hijas -en cuyo nombre actúa la madre al incoar la tutela- respecto de Jaime Ospina Sardi, quien es su padre y, además de la Patria Potestad, ejerce su custodia y el cuidado personal.

Sandra Fei, en cambio, no se halla subordinada a Jaime Ospina. Al vínculo matrimonial se puso fin mediante divorcio y se definió con antelación a él la separación de cuerpos. Pero debe insistirse en que, así existiera entre las partes un matrimonio vigente, la potestad marital -cuya naturaleza subordinante era innegable- es una institución excluida del ordenamiento jurídico colombiano desde la expedición del Decreto 2820 de 1974. La relación entre esposos es entendida hoy, a la luz de la Constitución Política, dentro de los conceptos de igualdad de derechos y deberes, recíproco respeto y mutua cooperación para el logro de los fines familiares (artículos 42 y 43 C.N.).

Empero, un análisis de los hechos concretos que han caracterizado las relaciones entre Jaime Ospina y Sandra Fei en lo concerniente al derecho que ésta tiene al contacto personal con sus hijas, ha permitido concluir a la Corte Constitucional, como había acontecido en los tribunales de instancia, que a ese respecto se da una nítida indefensión de la señora Fei ante su antiguo cónyuge. Aunque se trata de un elemento de gran importancia en el caso que nos ocupa, no es la residencia de la madre en otro Estado el factor decisivo para que se pueda colegir esa falta de posibilidades de defensa ante el padre de las niñas, sino que debe

tenerse presente, en concurrencia, el actual y efectivo ejercicio paterno del cuidado y la custodia personal de las menores, la probada resistencia de Ospina a reconocer los derechos de la madre y la secuencia de situaciones y circunstancias que la han apartado física y espiritualmente de sus hijas, casi todas provenientes de la tozuda posición asumida por el progenitor, según lo establecido en el proceso.

Además, están de por medio derechos fundamentales de las niñas, cuya protección prevalece según lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta.

Exclusión de las “influencias” como causa del desconocimiento de derechos fundamentales

Se alega en la demanda que la señora Fei se vió forzada a trasladarse fuera del territorio colombiano para poder trabajar, a raíz de las presiones e influencias ejercidas por su exmarido y por los parientes consanguíneos y civiles de éste.

Al resolver un caso presentado en similares términos, la Corte Constitucional puntuó algunos criterios que se hace necesario reiterar en este proceso:

“Ejercer influencia sobre un individuo o colectividad conlleva la posibilidad actual, real, eficiente e idónea de disponer de medios que permitan inclinar su voluntad en favor de los intereses, los deseos o los propósitos de quien influye; significa entonces que la persona, natural o colectiva, sobre la que se actúa debe ser susceptible de identificación para así llegar a concluir que sobre ella se ha ejercido una coacción capaz de doblegar su autonomía, y que por lo mismo podría ser ilegal. Es necesario, para que pueda predicarse la existencia de semejante relación, no solo identificar a la persona o entidad que realiza la actividad de influjo (sujeto activo) sino, además, establecer sobre quién se ejerce (sujeto pasivo) y concretar que lo decidido o resuelto (objeto o materia de influencia) se debe a la efectividad del influjo y no a motivos diferentes”. (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia No. T-515 del 11 de septiembre de 1992).

En otro aparte de la demanda se sostiene que las sentencias de los jueces colombianos sobre el caso continúan sin aplicación, pese a estar vigentes, por la injerencia de los “circuitos familiares y amistosos” del señor Ospina en el país.

La Corte hará caso omiso de estas afirmaciones para los efectos del fallo pero estima

necesario llamar la atención del abogado autor de ellas, el doctor MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, respecto a la gravedad de sus apreciaciones, en modo alguno probadas dentro del proceso, y subrayar la impertinencia e inconducencia de elementos como los enunciados para los fines de defender una causa en Derecho.

Derecho inalienable y mutuo a las relaciones personales entre padres e hijos

De la naturaleza humana se desprende inevitablemente el derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores.

Así lo entendió el legislador desde la expedición del Código Civil en cuyo artículo 256 se dijo: “Al padre o madre de cuyo cuidado personal se sacaren los hijos, no por eso se prohibirá visitarlos con la frecuencia y libertad que él juzgare convenientes”.

Esta Corte quiere subrayar con énfasis que los derechos de los hijos no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores, independientemente de quién los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos. Aunque sea éste un fenómeno de diaria ocurrencia cuyas nefastas repercusiones padece la sociedad colombiana, ha de decirse que, en el plano de lo racional, los mayores no gozan de autoridad ni de legitimidad para imponer a los menores el fardo de sus propias desavenencias.

Considera la Corte que todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos. A juicio de esta Corporación, el padre o la madre que influye en su hijo contra el otro de los progenitores así como el que crea entre ellos barreras y distancias -físicas o morales- obra contra la naturaleza y cercena la más genuina expresión espiritual de la persona, por lo cual comete una incalificable falta contra la familia y contra la sociedad que no puede quedar impune ante el Derecho.

La Constitución no ha sido ajena a estos valores, deducidos de la dignidad del ser humano y, en consecuencia, estatuye entre sus principios fundamentales el plasmado en el artículo 5º: "El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad".

Por su parte, el artículo 42 eiusdem establece en el inciso 3º que las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre sus integrantes. Ni aquélla ni éste pueden hacerse realidad en un clima de resentimiento y contradicciones que sacrifique al hijo para satisfacer la egoísta defensa del interés personal de cada uno de los padres.

El inciso 4º del mismo artículo prescribe que cualquier forma de violencia -ella puede ser moral o material- se considera destructiva de la familia, de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

La mujer y el hombre, según el artículo 43 de la Carta, tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.

Por su parte el artículo 93 de la Carta dispone que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno, a lo cual agrega que los derechos y deberes constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Para la Corte resulta indispensable, a la luz del enunciado precepto, verificar cuál es el sentido de la normatividad proveniente de los pactos internacionales alusivos al tema, con el objeto de aplicar sus dictados al caso en estudio.

Uno de tales tratados, aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991 y ratificado el 27 de febrero del mismo año, es la Convención sobre los Derechos del Niño, que se adoptó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En su artículo 9º establece: "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 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 estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño". (Subraya la Corte).

El apartado 3 de la norma en cita dispone:

"Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". (subrayado fuera de texto).

Por su parte, el artículo 10 de la nombrada convención, prescribe:

"Artículo 10.

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.

(...)

2. El niño cuyos padres residan en estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país...".

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 1º de diciembre de 1948, estipula en su artículo 16, numeral 1, que los hombres y mujeres tienen derecho a fundar una familia y que "...disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio" (se subraya).

Un análisis de la preceptiva en cuestión lleva necesariamente a concluir, como lo hace esta

Corte, que los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños -aún los de padres separados- a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores.

La Corte no vacila en calificar de fundamental este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política. Aun si en gracia de discusión él se estimara no comprendido dentro del derecho genérico a tener una familia y a no ser separado de ella, habría de concluirse necesariamente, considerada su materia, que se trata de una prerrogativa autónoma derivada de la naturaleza racional del hombre y tutelable con arreglo al artículo 94 de la Constitución, que dice: "La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

No puede perderse de vista que el derecho en referencia es de doble vía, es decir que, si se reconoce a los hijos, de consiguiente existe para ambos padres en igualdad de condiciones, razón por la cual no puede admitirse que se entienda fundamental para los menores y accesorio para los mayores, entre otras razones porque semejante interpretación llevaría a desnaturalizar el concepto.

Obviamente, esta característica implica el deber correlativo y mutuo que tienen ambos padres en el sentido de no obstaculizar el uno al otro el ejercicio de su correspondiente derecho. Toda persona está obligada por la Constitución a respetar los derechos ajenos y a no abusar de los propios (art. 90), máxime si aquellos son los de los niños, que tienen preferencia ante los de otros (art. 44 C.N.); y lo están los cónyuges con mayor razón cuando viven separados si se tienen en cuenta las graves perturbaciones sicológicas que ocasionaría a los menores, en circunstancias de suyo difíciles, una conducta contraria a los normales sentimientos de amor filial.

Estamos, pues, frente a un derecho fundamental, intrínseco a la naturaleza humana, que no puede ser entorpecido por autoridad alguna ni por los particulares, ni siquiera por aquel de los padres separados que conserva el cuidado y la custodia de los menores, pues el cumplimiento de los deberes que esa responsabilidad impone no implica autorización legal para adoptar decisiones en perjuicio o amenaza de derechos fundamentales.

Los enunciados convenios internacionales y la legislación colombiana únicamente consagran excepción a este principio cuando está de por medio el interés superior del niño deducido con arreglo a la ley, es decir, en aquellos casos en que se pruebe judicialmente que el contacto del menor con alguno de sus progenitores puede causarle daño físico o moral. Pero no habiéndose probado tan excepcional circunstancia, está por encima de cualquier consideración el fin constitucional de garantizar los derechos esenciales del menor, en especial el de conocer a sus padres y relacionarse con ellos sin interferencias, así como el de crear y fortalecer lazos de afecto, confianza y respeto exentos de toda discriminación.

Necesidad de circunscribir la tutela a los fines que le son propios

Observa la Corte que en el caso sub lite ha sido incoada la acción de tutela con varios propósitos, no todos los cuales son susceptibles de lograr mediante este procedimiento extraordinario. Así, por ejemplo, buscó el apoderado de la accionante obtener por esta vía resolución judicial sobre la custodia personal de las niñas, y en relación con el cumplimiento del acuerdo celebrado entre los ex-cónyuges, así como en lo tocante al régimen de visitas, todo junto con el derecho de la madre al contacto personal con sus hijas.

De nuevo es imprescindible subrayar que la acción prevista en el artículo 86 de la Carta no tiene el propósito de reemplazar el ordenamiento jurídico preexistente, ni el de sustituirla los trámites procesales necesarios, según disposiciones legales que a su vez constituyen desarrollo del artículo 29 de la Carta, para alcanzar determinados fines de acuerdo con la naturaleza y contenido de los derechos en juego. La ley ha estatuido las reglas propias de cada juicio.

Reiterase en este punto, por lo que atañe a las relaciones de familia, lo ya dilucidado por la Corte en Sentencia No. T-202 del 26 de mayo de 1993, que halló improcedente la acción de tutela intentada por una abuela materna para despojar al padre de la Patria Potestad y de la custodia y cuidado personal de su hijo. Allí se indicó que, por la trascendencia de una decisión como esa y en especial por tocar con delicados aspectos en relación con los derechos del menor, "...no puede ser adoptada sin consideración ponderada de los hechos y circunstancias que rodean el caso, y menos todavía sin sujeción a las reglas del debido proceso (art. 29 C.N.)".

Se agregó que toda inhabilidad física o moral de uno de los padres para privarlo de

cualquiera de sus derechos y responsabilidades respecto de su hijo debe ser probada judicialmente siguiendo los procedimientos definidos en la ley.

Cae bajo la responsabilidad ineludible del juez la tarea previa de verificar en cada caso si procedería una acción de tutela pese a existir otros medios judiciales aptos y expresamente definidos para la efectividad de un determinado derecho, lo cual únicamente es factible en presencia de inminente e irremediable perjuicio.

En el asunto que nos ocupa encontramos que los señores JAIME OSPINA y SANDRA FEI celebraron unos acuerdos privados, luego elevados a escritura pública, mediante los cuales, en lo que interesa a este proceso, se convino:

“Cláusula Tercera. Guarda y cuidado de las hijas comunes. Sin perjuicio de la patria potestad, que será ejercida conjuntamente por ambos cónyuges, la custodia y el cuidado personal de las hijas menores, SHANI y MAYA, quedan confiadas al padre. No obstante, los cónyuges posteriormente podrán decidir de común acuerdo que dicha custodia sea ejercida por la madre cuando fuere más conveniente para las niñas o si ellas voluntariamente así lo solicitan”.

(...)

“Cláusula Octava. En caso de que el cónyuge que tenga la custodia y el cuidado personal de las hijas contraiga nuevo matrimonio, dicha custodia y cuidado pasarán al otro cónyuge, a menos que se tome otra decisión de común acuerdo. En caso de que ambos cónyuges contraigan nuevo matrimonio, deberán establecer de mutuo acuerdo cuál tendrá la custodia y cuidado personal de las hijas”.

Estos acuerdos, como aparece probado, fueron acogidos en las sentencias de separación de cuerpos, proferida por el Juez Octavo Civil del Circuito de Bogotá el 19 de mayo de 1982, y de divorcio, pronunciada por el Juez Primero Civil del Circuito de Bogotá el día 13 de marzo de 1989. En el numeral 3º de la parte resolutiva de esta última providencia se lee:

(...)

“TERCERO. MANTIENENSE, en todo su rigor, los pactos celebrados por dichos señores JAIME OSPINA SARDI y SANDRA FEI OLIVI DE OSPINA sobre disolución y liquidación de la sociedad

conyugal que habían constituido por el matrimonio de que se divorcian, sin perjuicio de terceros, por medio de la escritura pública número dos mil doscientos noventa y cinco (2295) otorgada ante la Notaría Veintidós (22) del Círculo de Bogotá; el pacto privado de dichos consortes, infechado pero precedente a dicha escritura y a la sentencia de separación de cuerpos y todos los efectos de esta sentencia, proferida el diecinueve (19) de mayo de mil novecientos ochenta y dos (1982) por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, cuyas propias estipulaciones deberán cumplir los cónyuges OSPINA SARDI y FEI OLIVI en el futuro, en cuanto a patria potestad, crianza, educación y sostenimiento de las menores SHANI y MAYA OSPINA FEI".

Es claro que los acuerdos celebrados por los señores JAIME OSPINA y SANDRA FEI fueron elevados a la categoría de sentencia judicial y que, de configurarse la causal de pérdida de la custodia y guarda de las niñas por nuevo matrimonio de quien la ejerce, en los términos de dichos pactos, tales responsabilidades deben pasar al otro de los padres, a menos que se tome decisión distinta por mutuo acuerdo. Aunque ha señalado la jurisprudencia de esta Corte que en determinadas circunstancias la acción de tutela puede proceder para que se cumpla una sentencia judicial, si el incumplimiento acarrea violación de derechos fundamentales, ello únicamente acontece cuando no existe otro medio idóneo para lograrlo y, desde luego, cuando el ordenamiento jurídico no exige determinados trámites para obtener el propósito que se persigue.

Pues bien, el decreto 2272 de 1989 por el cual se creó la jurisdicción de familia, estableció en el artículo 5, literal d):

"Artículo 5º. Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento señalado en la ley, de los siguientes asuntos.

En única instancia.-

(...)

d) De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores".

Mal podrían los jueces de tutela en sus sentencias ni la Corte Constitucional al revisarlas, inmiscuirse en dicho asunto, propio de la competencia de los jueces de familia, y por ende no

es este el mecanismo idóneo para transferir la custodia y cuidado de unos menores, sin tener en cuenta múltiples circunstancias que deberán ser cuidadosamente analizadas en el proceso. Para hacer valer la cláusula octava de los acuerdos sería preciso iniciar, como acertadamente lo señala la Corte Suprema de Justicia, un juicio de revisión de la custodia y cuidado personal de los hijos, demostrando, por los medios probatorios adecuados, la ocurrencia de los hechos que a la luz de las previsiones normativas, dan lugar a ella. Existe indudablemente, entonces, otro medio de defensa judicial.

Repárese, por otra parte, en que no pueden considerarse dentro de un mismo trámite procesal, menos todavía si es preferente y sumario como el que nos ocupa -contemplado por la Constitución exclusivamente para garantía inmediata de los derechos fundamentales-, pretensiones simultáneas relativas al cuidado y custodia del menor, al régimen de visitas y al derecho de mantener relaciones personales y afectivas entre un padre separado y sus hijos. De los enunciados derechos tan sólo el último puede ser amparado en el caso concreto mediante la tutela, habida consideración de su naturaleza propia y del carácter fáctico de las eventuales violaciones o amenazas que pueden afectarlo o hacerlo nugatorio, como acontece en el proceso que se revisa, en cuanto la regulación judicial de visitas ha sido desbordada por los hechos como medio eficaz para obtener su plena garantía.

Reiterase, además, que el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) establece en el artículo 31 los casos en que se considera que un niño se encuentra en situación de abandono o de peligro, en los cuales puede ser pertinente una determinación sobre la custodia.

Señala dicha norma en su numeral 7º:

(...)

7º. Cuando su salud física o mental se vea amenazada gravemente por las desavenencias entre la pareja, originadas en la separación de hecho o de derecho, en el divorcio, en la nulidad del matrimonio o en cualquiera otros motivos".

Y agrega el parágrafo 2º del mismo precepto:

"Parágrafo 2º. Para efectos de la situación prevista en el numeral séptimo del presente artículo, se consideran como agravantes aquellos comportamientos de los padres que al

intensificar la angustia y la incertidumbre inherentes a esta situación, vayan en detrimento del menor. Igualmente constituye agravante el que cualquiera de los padres antes o después de la separación, del divorcio o de la nulidad del matrimonio, traten de influir en el menor con el propósito de suscitar aversión o desapego hacia alguno de sus progenitores”.

Corresponde al Defensor de Familia declarar las situaciones de abandono o de peligro previo el correspondiente proceso investigativo; en la resolución en que se declare a un menor abandonado o en peligro se podrá ordenar, entre las medidas de protección, la de atribuir la custodia o cuidado personal al pariente más cercano en condiciones de ejercerlos. Esta es una medida provisional que deberá ser decidida en forma definitiva por el juez de familia, quien tiene la competencia plena para resolver lo relativo a la custodia y cuidado de los menores.

Es entonces la custodia y cuidado un derecho-deber de índole legal, que escapa al control por vía de la acción de tutela por cuanto, según se observa, tiene asignados unos procedimientos especiales y unos jueces competentes para resolver sobre su determinación, ejercicio y regulación.

Existe también el régimen de visitas, que tiene aplicación en el caso de padres separados y cuyo fundamento radica en asegurar a aquel de los progenitores que no tiene a su cargo la custodia y cuidado personal de sus hijos una manera práctica de verlos con regularidad, según las definiciones que haga el juez competente.

El régimen de visitas busca facilitar a padres e hijos la relación personal entre ellos, mediante la fijación de condiciones que deben consultar en equidad la mutua conveniencia y las características del caso concreto, de manera que todos tengan certidumbre acerca del derecho que asiste al progenitor que no convive con los menores y de las correlativas obligaciones del otro.

En el proceso que convoca la atención de esta Corte, el cual gira precisamente alrededor del conflicto creado entre dos esposos separados respecto de las relaciones personales entre uno de ellos y los hijos comunes, existía un régimen de visitas acordado entre los esposos y judicialmente aprobado, cuya revisión se adelantaba simultáneamente con el trámite de la acción de tutela. Con posterioridad al fallo de la Corte Suprema que se revisa y antes de la presente sentencia, se profirió por el Juzgado 19 de Familia de Santafé de Bogotá la

providencia calendada el 14 de abril de 1993, por la cual se reglamentaron “las visitas en favor (sic) de las menores Shany y Maya Ospina Fei por parte de la demandada, Sandra Fei”.

Las razones expuestas sobre autonomía funcional de los jueces e improcedencia de la tutela contra resoluciones judiciales impiden que esta Corporación entre a considerar la materia misma del proveído últimamente mencionado, por lo cual el amparo que se concede en los términos del artículo 86 de la Carta Política no recae sobre dicha determinación judicial, ni la modifica, ni obliga a su revisión.

En efecto, además de la anotada inaplicabilidad de la acción de tutela para tales fines, no considera la Corte que en este caso se trate de definir la bondad u oportunidad del régimen de visitas pues la violación y amenaza de los derechos fundamentales de la petente y de sus hijas tiene origen en la actitud y conducta del padre de éstas, según pasa a examinarse, es decir, en factores de hecho y no en providencia judicial alguna.

Del voluminoso expediente conocido por la Corte -compuesto por documentación en gran parte innecesaria para los fines de resolver sobre el asunto planteado en sede de tutela- ha podido concluirse, como también lo hicieron el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y la Corte Suprema de Justicia con base en motivos diversos, que hay lugar a conceder la protección solicitada, aunque circunscribiéndola al derecho que tienen la madre y sus hijas a entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y contacto directo.

En otros términos, a juicio de esta Corporación, es necesario impartir una orden judicial clara y terminante al señor Jaime Ospina Sardi para que se abstenga definitivamente de impedir, como lo viene haciendo por distintos medios, el natural y espontáneo acceso de Sandra Fei a sus hijas menores.

Los elementos probatorios aportados al proceso acreditan plenamente que la conducta del demandado a este respecto se ha venido desarrollando en abierta violación a claros principios constitucionales.

Está demostrado, merced a los testimonios del Embajador de Italia en Colombia, del padre de la petente y de la institutriz de las niñas Ospina-Fei durante veintiún meses, entre otras declaraciones de testigos evaluadas por los tribunales de instancia y por esta Corte, que la

situación actual de la señora Sandra Fei respecto de sus hijas y el conjunto de las relaciones entre ellas y con el padre, por causas en gran parte imputables a la obstinada conducta de éste, distan mucho de realizar el ideal constitucional de la armonía familiar.

También está verificado, según el material probatorio, que, por las mismas causas, han sido afectados los derechos fundamentales de las menores, particularmente el de tener una familia y el de no ser separadas de ella (artículo 44 C.N.), pues a lo largo de los años el enfrentamiento entre sus progenitores y, en especial, la insistencia del padre en impedir el libre y espontáneo desarrollo de sus sentimientos hacia la madre, han llegado a provocar en ellas actitudes y comportamientos contradictorios y conflictos emocionales (Cfr. Fls. 244 Cuaderno 1; 51, 103 y 104 Cuaderno 6 del Expediente), de lo cual da fe la declaración de una de las niñas y el testimonio de su institutriz, no menos que los dictámenes especializados que obran en el expediente.

La documentación conocida por la Corte revela, además, un notorio resquebrajamiento de las mínimas exigencias de mutuo respeto y consideración entre quienes comparten la grave responsabilidad de ser padres aunque se encuentren separados. En este sentido se deduce del análisis efectuado que tanto el demandado como la demandante han incurrido en inexplicables actitudes de mutua y creciente discordia sin atender para nada al interés superior de las niñas.

A tal punto llegó la gravedad del caso por los repetidos conflictos surgidos con el señor Ospina a raíz de los intentos de la madre por cristalizar sus legítimas aspiraciones, exigiéndole injustificada e innecesariamente garantías sobre regreso de las niñas al país, que el Canciller Italiano tuvo que acudir al conducto diplomático oficial para alertar a las autoridades colombianas acerca de la intransigente posición asumida por el demandado a partir de 1985. Desde ese año la señora Fei ha tenido que enfrentar numerosas dificultades para ver a sus hijas, siendo inclusive sindicada por su exmarido de la comisión de ilícitos, y cuando lo ha conseguido, en contadas ocasiones, se ha visto precisada a aceptar requerimientos no previstos en la ley.

Debe tenerse en cuenta que el demandado no ha querido admitir ni siquiera los compromisos voluntariamente asumidos por el Gobierno italiano en el sentido de asegurar el retorno de las menores a Colombia.

A juicio de la Corte se ha lesionado abierta y gravemente la dignidad humana de la madre y de las niñas y se han desconocido prescripciones inobjetables de tratados internacionales, en especial las pertinentes a la citada Convención sobre Derechos del Niño, ratificada por Colombia -obligatoria, por tanto, en nuestro territorio- y cuyo valor preferente en el derecho interno se deduce del artículo 93 constitucional ya examinado.

No puede desconocerse que, según algunos testimonios incorporados al expediente (Cfr., por ejemplo, Folio 244 Cuaderno 1), la madre no ha asumido frente a las niñas, durante las escasas oportunidades de sus encuentros, una actitud que favorezca las posibilidades de mayor acercamiento, lo cual -si se atiende a esas mismas declaraciones- parece provenir precisamente de su ansiedad por conseguir que se permita a las menores viajar con ella fuera del territorio colombiano. Lo dicho resulta corroborado por la declaración de la hija menor prestada ante el Juzgado 19 de Familia de Santafé de Bogotá (Folio 51 Cuaderno 6 del Expediente).

Conclusiones

Con base en las consideraciones precedentes, ha concluído esta Corte que, en lo esencial -el otorgamiento de protección judicial a la petente y a sus hijas-, son fundadas las decisiones adoptadas por el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá y por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-.

Confirmaría, pues, la Corte el fallo de segunda instancia -que está adecuadamente sustentado en la aplicación de claros mandatos constitucionales y en convenios internacionales vigentes-, de no ser porque, entre la fecha de tal decisión y la de esta providencia, han variado las situaciones que entonces se consideraron, pues se ha pronunciado el juez competente en lo relativo al régimen de visitas, modificando el inicialmente pactado por los antiguos cónyuges y después elevado a escritura pública e incorporado a los fallos de separación y divorcio.

Como, al proferirse tal modificación, resulta sin efectos la tutela concedida transitoriamente al tenor de lo resuelto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en revisión y como, por otra parte, en criterio de la Corte Constitucional, subsisten todavía los motivos de perturbación y amenaza de los derechos fundamentales -en cuanto, se repite, el objeto del amparo en este caso no son las determinaciones judiciales sobre régimen de visitas sino el

conjunto de circunstancias y situaciones de hecho que han estado quebrantándolos-, habrá de modificarse parcialmente la providencia de la Corte Suprema a objeto de conceder la tutela -ya no de modo transitorio sino definitivo-, con el propósito de contrarrestar la porfiada conducta que viene observando el particular demandado al obstruir, en daño del libre y espontáneo desenvolvimiento de las relaciones familiares, los normales contactos de orden personal y directo entre la demandante y sus hijas.

La Corte Constitucional, estimando que ello escapa a la competencia del juez de tutela, no se ocupará en definir si las entrevistas o reuniones de la señora Fei con sus hijas deberán tener lugar en Colombia, en Francia o en otro país. No es tal el objeto del amparo que se otorga y, además, la efectividad de los derechos fundamentales de que se trata no depende de ello.

Tampoco se cambiará regla alguna del régimen fijado judicialmente para las visitas y, por el contrario, insiste la Corte en que la tutela deberá tener ejecución de conformidad con lo allí estipulado.

Decisión

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR parcialmente la sentencia proferida el nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y tres (1993) por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil-, en cuanto CONCEDE la tutela impetrada.

Segundo.- MODIFICAR la sentencia en mención en lo relativo al alcance y efectos de la tutela concedida, sustituyéndola por la siguiente determinación:

TUTELANSE los derechos fundamentales de rango constitucional de la señora SANDRA FEI y de sus menores hijas, SHANI y MAYA.

ORDENASE al padre de las mencionadas niñas, señor JAIME OSPINA SARDI, que se abstenga en el futuro de impedir u obstaculizar en cualquier forma el contacto directo, libre y personal de las hijas con su madre, de conformidad con lo previsto en el régimen de visitas aprobado

judicialmente.

Tercero.- ADVERTIR al señor JAIME OSPINA SARDI que el desacato a lo resuelto en esta providencia le acarreará, cada vez que en él incurra, las sanciones contempladas en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991.

Habrá de tener presente el señor OSPINA SARDI lo previsto en el artículo 53, inciso 2º, del Decreto mencionado, que dice: "También incurrirá en la responsabilidad penal a que hubiere lugar quien repita la acción o la omisión que motivó la tutela concedida mediante fallo ejecutoriado en proceso en el cual haya sido parte".

Cuarto.- PREVIENESE a la demandante, SANDRA FEI OLIVI, sobre la necesidad de asumir con mayor responsabilidad los deberes que le corresponden como madre de las niñas, los cuales son correlativos a los derechos fundamentales que le han sido conculcados (artículo 95 C.N.).

Quinto.- DENIEGASE, por improcedente, la tutela instaurada contra el Juez 19 de Familia de Santafé de Bogotá, D.C.

Sexto.- DENIEGASE, por haberse hallado carente de todo fundamento, la tutela intentada contra el Procurador General de la Nación.

Séptimo.- El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, D.C. -Sala de Familia- verificará el cabal e íntegro cumplimiento de lo decidido.

Octavo.- LIBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado Ponente

HERNANDO HERRERA VERGARA

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General