

T-293-99

Sentencia T-293/99

HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA-Control de legalidad

HOMOLOGACION DE DECISIONES DE LOS DEFENSORES DE FAMILIA-Instrumento procesal eficaz

Referencia: Expediente T-188150

Peticionario: Nancy Rubiela Rosero

Magistrado Ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONEN

Santafé de Bogotá, D.C., mayo tres (3) de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, ALFREDO BELTRAN SIERRA Y EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, procede a revisar el proceso de tutela promovido por Nancy Rubiela Rosero, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Nariño, con fundamento en lo establecido en los artículos 86 inciso 2 y 241-9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## I. ANTECEDENTES.

### 1. Hechos.

1.1. En el mes de agosto de 1996 la Seccional del Instituto de Bienestar Familiar en la ciudad de Pasto conoció, a través del Inspector Segundo Penal Municipal y de la Policía de Menores de esa ciudad, sobre la existencia de una posible situación de desamparo y peligro que afectaba a cinco menores, nacidos de la unión marital de hecho de Javier Orlando Buchelly y Nancy Rubiela Rosero.

Como medida de protección se dispuso la ubicación de los referidos menores en la

“Fundación Belén” de dicha ciudad.

1.2. Con fundamento en el art. 36 y siguientes del decreto 2737 de 1989 (Código del Menor) la Defensora de Familia del Centro de Protección Especial de Pasto, por auto del 2 de septiembre de 1996, abrió la investigación administrativa radicada como historia socio-familiar No. 52-B-01954-96, y ordenó la práctica de las pruebas tendientes a establecer las condiciones de vida de los menores.

La mencionada providencia fue notificada personalmente a la madre de los menores el 2 de septiembre de 1996, a quien se le informó sobre los recursos legales pertinentes y se le hizo entrega de una copia de ella.

1.3. Como las orientaciones y recomendaciones impartidas a la madre en la aludida providencia, dirigidas a subsanar las difíciles y anormales condiciones de vida de los menores, no fueron atendidas por aquélla, el I.C.B.F., a través del Centro de Protección Especial de Pasto, profirió la resolución No. 203 del 21 de octubre de 1996 que declaró en situación de peligro a dichos menores. Esta decisión fue notificada personalmente a la señora Nancy Rubiela Rosero el 23 de octubre de 1996, quien no interpuso ningún recurso, y se limitó a expresar que “para mí es muy difícil la situación, no es que yo no me quiera hacer cargo.”

1.4. Aunque no se precisa en el expediente qué correctivos tomaron los progenitores de los menores para superar la situación de abandono de éstos, debe aceptarse que ellos existieron, pues de lo contrario no se hubiera justificado la expedición de la resolución No. 216 del 22 de noviembre de 1996, que dio por terminada la medida de protección de los menores y ordenó el reintegro a su hogar biológico.

Los padres de los menores suscribieron un acta en la que se comprometieron a brindar a sus hijos los cuidados necesarios para su desarrollo integral, a responsabilizarse de ellos económica y afectivamente, a informar mensualmente a la Defensora de Familia sobre su estado general, y de cualquier cambio de domicilio o residencia.

- El 27 de mayo de 1997, el I.C.B.F. avocó el conocimiento de la situación del menor Yeisson Daniel Rosero de un año de edad, quien permanecía recluido en el Hospital Infantil “Los Angeles”, sin ser reclamado por sus padres. Estos fueron amonestados, por esta causa, el 10

de junio del mismo año.

- Tres días después, el 13 junio de 1997 funcionarias del I.C.B.F. realizaron una visita al hogar de la accionante, hallando a los cinco hermanitos de Yeisson Daniel en deplorable estado, por lo que decidieron retirar del inmueble a un pequeño de sólo 21 días de nacido, tomando como medida de protección la colocación de éste en un hogar sustituto normal.

- El 17 de junio de 1997, la policía de menores dejó a disposición de la Defensoría de Familia a Christian Geovanny, Kimberly Dayana, Tatiana Alejandra, John Nixon y Yarisa Silvana Rosero, por encontrarse solos y en peligro físico, porque a la vivienda que habitaban le fue retirado el techo.

1.6. Mediante resolución No. 089 del 29 de agosto de 1997, se declaró nuevamente en situación de peligro a los menores Maicol Javier, Yeisson, Yarisa Silvana, John Nixon, Dayana, y Tatiana Rosero. La notificación correspondiente se surtió mediante edicto, por la no comparecencia de los padres de los menores a recibirla personalmente. Dicha resolución quedó en firme el 16 de septiembre de 1997.

1.7. Luego de la práctica de nuevas diligencias, se profirió por la Defensora de Familia del Centro Zonal de Protección de Pasto, la resolución No. 074 del 2 de junio de 1998, "Por medio de la cual se declara a los menores Maicol Javier, Yeisson Daniel, Silvana Yarisa, Jhon Nixon, y Dayana en situación de abandono y se confirma la medida de protección en hogar sustituto normal".

Como complemento de la mencionada determinación se resolvió: "Adscribir a los citados menores al programa de adopciones de la Regional de Nariño anexando la documentación pertinente al Comité de Adopciones para lo de su cargo." "Mantener la medida de colocación familiar y continuar el seguimiento por parte de los profesionales del Centro Zonal" y "Ordenar la inscripción de la parte resolutive de este acto administrativo en el Libro de Varios de la Notaria Cuarta del Circulo de Pasto".

1.7. La Directora Regional del I.C.B.F., en su condición de funcionaria de segunda instancia, desató el recurso de apelación interpuesto contra el anterior proveído, y mediante la resolución N° 1131 del 21 de agosto de 1998 decidió confirmarlo. Esta resolución fue debidamente notificada a la parte recurrente.

## 2. La pretensión.

Pretende la accionante que por vía de tutela se revoquen las resoluciones Nos 074 del 2 de junio de 1998 y 1131 del 20 de agosto del mismo año, antes referenciadas, pues considera que al declararse el estado de abandono de sus seis hijos y recomendar su inclusión en el programa de adopciones se les ha vulnerado el derecho fundamental a la unidad familiar.

## II. ACTUACIÓN PROCESAL.

### 1. Primera instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil- Familia, mediante sentencia del 17 de septiembre de 1998 concedió el amparo solicitado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Del análisis del material probatorio incorporado a la actuación administrativa deduce el Tribunal que "...el I.C.B.F. se equivocó en la valoración de las pruebas arrojadas al trámite administrativo y de suyo incurrió en el error al declarar a los menores citados en estado de abandono". En tal virtud, resolvió revocar las resoluciones proferidas en la actuación administrativa y conceder la tutela impetrada, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por considerar que a su juicio "se avizora conforme a las constancias procesales la probabilidad de que los menores mencionados antes, puedan en un momento dado ser dados en adopción, siendo precisamente esa la situación que pretende evitar la madre..."

Pese a las consideraciones anotadas, no ordenó el Tribunal el reintegro físico de los menores al seno de su hogar biológico, por estimar que éstos debían permanecer por un tiempo prudencial bajo la protección del Estado mientras cambian las precarias condiciones económicas de la madre y se superaran las circunstancias que determinaron la intervención del I.C.B.F.

### 2 Segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, mediante sentencia del 27 de octubre de 1998, revocó el fallo de primera instancia y, en consecuencia, negó la tutela instaurada por la peticionaria. Para arribar a esta determinación se trataron por separado dos

temas que pueden sintetizarse así:

- Acerca de la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales por la vía de la tutela, destaca el carácter subsidiario de este mecanismo frente al procedimiento específico que debe seguir la autoridad administrativa y, eventualmente, la judicial, con el fin de solucionar la situación de abandono o peligro de los menores.

Consideró la aludida Corporación, que no resultaba procedente la acción de tutela en este caso, porque la demandante siempre estuvo a derecho en el proceso adelantado por la Regional Nariño del I.C.B.F. y porque de la correspondiente actuación no puede inferirse la posible existencia de un peligro inminente que ameritara aceptarla como mecanismo transitorio.

Finalmente estimó la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil y Agraria, que si la demandante consideraba que las medidas de protección adoptadas por la entidad demandada no eran procedentes jurídicamente, tenía a su disposición los instrumentos de control que reconoce el art. 56 del Código del Menor, según el cual los actos administrativos que resuelvan acerca de la aplicación de las medidas de protección señaladas en el art. 57 y las demás que definan en forma permanente o provisional la situación de un menor, están sujetas a control jurisdiccional, conforme a lo establecido en el art. 64 ibídem, lo que excluye de plano, el que pueda hacerse uso de la acción de tutela con objetivos como los que la accionante pretende lograr en este caso.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

#### 1. Planteamiento del problema.

En virtud de la decisión de la Regional del I.C.B.F. de Nariño de declarar en situación de abandono e incluir a los menores hijos de la demandante en el programa de adopciones, ésta impetra la tutela del aludido derecho fundamental, como mecanismo transitorio, ante la inminencia de un perjuicio irremediable, como sería el de separarla definitivamente de sus hijos.

Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala determinar si estando pendiente el trámite de la homologación, requerido para que las mencionadas decisiones administrativas adquieran

validez jurídica definitiva y puedan ser ejecutables, es procedente en el presente caso la tutela como mecanismo transitorio. En tales circunstancias, será preciso establecer la idoneidad del medio alternativo de defensa judicial, la violación del derecho a la unidad familiar o de cualquier otro derecho fundamental y la presencia de un perjuicio irremediable.

## 2. Solución al problema.

2.1. En los términos del inciso tercero del artículo 86 de la C.P., desarrollado en el numeral 1 del artículo 6 del decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, correspondiéndole al juez de tutela apreciar en concreto la existencia de dichos medios, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2.2. El Título III del Código del Menor en punto al procedimiento administrativo que debe seguirse para adoptar medidas que conduzcan a la protección de los menores en situación de abandono, desamparo o peligro, así como los efectos que ella produce, y la manera como los afectados pueden contrarrestarlas o impugnarlas, regula las siguientes materias:

“Artículo 55. En los procesos administrativos a que se refiere el presente Código, serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de procedimiento Civil”.

“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 perpetuadas 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.”

“Artículo 60. La declaración de abandono en que se disponga como medida de protección la establecida en el numeral 5º del artículo 57 producirá respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del menor adoptable.”

“Artículo 61. La resolución por la cual se solicita la adopción como medida de protección del

menor, solo requerirá ser homologada por el Juez competente cuando las personas a cuyo cargo estuviere el cuidado, la crianza y educación del menor, se hubieren opuesto a esta medida dentro del trámite administrativo en que se decretó, o dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que hubiere quedado en firme tal medida, término dentro del cual deberán presentar ante el Defensor de Familia las alegaciones y pruebas que sustenten la oposición a la medida decretada.”

“Artículo 63. Vencido el término establecido en el artículo 61, el Defensor de Familia, para los efectos de la homologación, remitirá al Juez de Familia o Promiscuo de Familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cargo se encuentre el menor, tanto el expediente como las nuevas alegaciones, si se hubieran presentado, para que este dentro de los quince (15) días siguientes, dicte de plano la sentencia de homologación.”

“Si el Juez estimare que no se cumplieron los requisitos de ley, mediante auto devolverá la actuación al Defensor de Familia para que subsane los defectos que hubiere advertido”.

“Contra la sentencia que homologa la decisión del Defensor de Familia, no procede recurso alguno”.

“Artículo 64. En firme la resolución que niega la solicitud de revocatoria, de modificación o terminación de la medida impuesta por el Defensor de Familia, queda agotado el trámite administrativo”.

“Los padres o las personas que tengan el cuidado personal de la crianza y educación del menor, podrán solicitar al Juez de Familia o Promiscuo de Familia, la terminación de los efectos de las declaraciones hechas por el Defensor de Familia y la finalización de las medidas de protección adoptadas. Para este efecto deberán demostrar plenamente que se han superado las circunstancias que les dieron lugar y que hay razonables motivos para esperar que no volverán a producirse”.

2.3. Anota la Sala, que la actuación administrativa a que antes se hizo alusión y que culminó con la expedición de los actos administrativos contenidos en las mencionadas resoluciones, se adelantó por funcionario competente, en forma regular, es decir, con sujeción a las reglas de procedimiento, y con observancia del derecho de defensa de la peticionaria, como quedó establecido en la prolija relación de los hechos que se hacen en esta providencia. En efecto,

la demandante fue debidamente vinculada a la actuación, intervino en la misma, formuló oposición, fue notificada del acto que puso fin a dicha actuación e hizo uso del recurso de apelación, el cual fue debidamente resuelto.

2.4. La circunstancia de haberse opuesto la demandante a la actuación administrativa y específicamente a las medidas reseñadas implicaba, para la autoridad administrativa, la obligación de remitir el expediente al Juez de Familia, con el fin de que se surtiera el trámite de la homologación, el cual es un control de legalidad sobre la actuación adelantada por los funcionarios del ICBF, instituido para garantizar los derechos sustanciales y procesales de los padres de los menores, o de quien los tenga a su cuidado.

2.5. El procedimiento regulado por la ley, que debe seguirse con el fin de adoptar medidas de protección a favor de los menores en situación de abandono o peligro, se desenvuelve en dos fases bien diferenciadas como son: la actuación administrativa cumplida ante las autoridades del Instituto de Bienestar Familiar y la homologación que, eventualmente, debe surtirse ante el juez de familia, como lo indica el art. 64. El debido proceso, por consiguiente, se desenvuelve de una parte en sede administrativa y de otra con la intervención judicial, en virtud de la cual se surte el trámite de la homologación de la decisión adoptada por las autoridades del I.C.B.F.

Sobre el punto se pronunció la Corte en la Sentencia T-079/931 en los siguientes términos:

“La homologación de las decisiones de los Defensores de Familia por parte de un Juez especializado en la misma materia constituye un control de legalidad diseñado con el fin de garantizar los derechos procesales de las partes y subsanar los defectos en que se hubiere podido incurrir por parte de la autoridad administrativa. Aunque el trámite de la homologación tiene por objeto revisar el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales del debido proceso, al juez le está vedado examinar el fondo de la decisión. Contra la sentencia de homologación no procede recurso alguno (C. del M., art. 63)”.

“El control de legalidad por ser ajeno a la voluntad de las partes debe surtirse siempre que se den las exigencias del artículo 61, de lo que se desprende que si bien no puede tenerse como un medio de defensa, si constituye un recurso eficaz para que las personas afectadas por la resolución de abandono recobren sus derechos mediante la solicitud de terminación de sus efectos, demostrando que las circunstancias que le dieron origen se han superado y que

razonablemente se puede pensar que no se repetirán según lo dispone el artículo 64, norma que ubica la oportunidad para formular tal petición antes que “se haya homologado la declaratoria de abandono.”

2.6. Es importante destacar que en el caso en estudio el trámite del control de legalidad por el Juez de Familia no se había iniciado el 4 de septiembre de 1998, fecha en que se interpuso la acción de tutela.

En efecto, la resolución N° 1131 que desató el recurso de apelación interpuesto por la actora y confirmó la N° 074 del 2 de junio del mismo año, en la cual se adoptaron las medidas de protección a que nos hemos venido refiriendo, se profirió el 20 de agosto de 1998.

Devuelto el expediente por la oficina regional del I.C.B.F. a la oficina de origen, lo que correspondía procesalmente era que ésta remitiera la actuación al juez de familia competente con el fin de que surtiera el trámite de la homologación, en consideración a que la peticionaria de la tutela había formulado oposición a las medidas adoptadas por dicha entidad. Sin embargo, en razón de la interposición de la acción de tutela el referido trámite no se cumplió, como lo asevera la Defensora de Menores de Pasto en escrito dirigido al Tribunal Superior de Pasto, con fecha 11 de septiembre de 1998.

2.7. Conforme a lo expuesto la tutela impetrada resulta improcedente, por las siguientes razones:

a) La actuación administrativa cumplida por el I.C.B.F., se sujetó en un todo a las reglas de procedimiento previstas en la ley. En tal virtud, no observa la Sala que se le hubiese desconocido a la demandante el derecho al debido proceso administrativo ni ningún otro derecho constitucional fundamental; por consiguiente, por la vía de la tutela no es posible cuestionar la actuación de dicho Instituto.

b) El control de legalidad de las decisiones adoptadas por el I.C.B.F. opera, por mandato legal, con arreglo al mecanismo de la homologación judicial. Y si bien ésta no es un medio de defensa judicial, en sentido estricto, si constituye un instrumento procesal de protección que es eficaz<sup>2</sup>.

c) En el evento en que se hubiera incurrido en violación del debido proceso, dentro de la

actuación administrativa, la tutela indudablemente sería procedente, pues ya la Corte ha admitido que en relación con actos preparatorios o de trámite, que no deciden el fondo del asunto, es procedente la acción de tutela cuando se afectan o amenazan derechos constitucionales fundamentales<sup>3</sup>.

d) Como mecanismo transitorio tampoco resulta procedente la tutela, porque a la demandante ni a sus hijos se le ha violado derecho fundamental alguno con las medidas administrativas adoptadas por el I.C.B.F., las cuales se juzgan legítimas, y, además, no están acreditados los supuestos objetivos que la jurisprudencia de la Corte ha señalado para considerar que existe un perjuicio y que éste es irremediable.

Es mas, el presunto perjuicio irremediable no puede considerarse potencialmente próximo o inminente, habida consideración de que mientras no se surta el trámite de la homologación, no es posible que se puedan iniciar los trámites propios para la adopción de los menores.

e) Por lo demás, está demostrado que los menores se encuentran, desde mucho tiempo antes de la presentación de la tutela, bajo la protección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en hogares sustitutos.

En tales circunstancias, habiéndoles dispensado el Estado la protección de los derechos fundamentales a los citados menores, que son preferentes sobre los derechos de los demás, y que los padres no están en condiciones de asegurar, no resulta viable impetrar la tutela para la supuesta protección de derechos cuyo goce se encuentra debidamente asegurado, ni siquiera so pretexto de la ruptura de la unidad familiar, que en las circunstancias anotadas es inevitable en aras del bienestar de dichos menores, mas aún cuando ésta de hecho se ha presentado, en razón de la situación de abandono en que se encontraban aquéllos.

De todas maneras, aún dentro del trámite de la homologación, los padres pueden hacer cesar las medidas de protección adoptadas por el I.C.B.F. y el trámite de la adopción, si demuestran que se han superado las situaciones que las originaron y ofrecen las necesarias garantías de que ellas no volverán a presentarse, según lo prevé el art. 64 del mencionado código.

3. En conclusión, no aprecia la Sala violación de derecho fundamental alguno a la peticionaria y a sus menores hijos. En tal virtud, no es procedente la acción de tutela, ni siquiera como

mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por consiguiente, se confirmará la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Civil y Agraria.

#### IV. DECISION.

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

#### RESUELVE:

Primero: CONFIRMAR la sentencia de fecha 27 de octubre de 1998, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria.

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

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

PABLO LEAL RUIZ

Secretario General (E)

1 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

2 Idem

3 SU-201/94 M.P. Antonio Barrera Carbonell