

RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Incompetencia del ICBF/RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Competencia para adelantar el proceso/INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR Y RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-Nulidad de la actuación adelantada

Ni los defensores de familia del ICBF ni ninguna otra autoridad de esa entidad tienen competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, porque no existe norma legal alguna que les confiera esa atribución. La falta de competencia funcional de las autoridades del ICBF para adelantar el proceso de restitución internacional de la menor genera una nulidad que no es susceptible de saneamiento porque desconoce los derechos fundamentales al juez natural y al debido proceso. En consecuencia, no queda otra alternativa que decretar la nulidad de ese trámite, sin perjuicio de que las diligencias válidamente practicadas puedan ser trasladadas a otros procesos. Lo anterior no significa que ninguna autoridad pueda decidir sobre las demandas de restitución internacional de menores, porque el legislador ha diseñado una cláusula de cierre para la resolución de controversias entre los asociados, según la cual corresponde a la jurisdicción ordinaria, por intermedio de los jueces civiles del circuito, conocer de todo asunto que no haya sido atribuido a otro juez. En consecuencia, hasta que el legislador no establezca lo contrario, son los jueces civiles del circuito los encargados de adelantar los procesos de restitución internacional de menores.

COMPETENCIA-No se puede asignar por un acto administrativo sin que exista fundamento legal

La Corte considera que un acto administrativo no puede asignar competencias a una autoridad administrativa sin que previamente exista fundamento legal que le confiera esa atribución; y sin ella no puede invocarse dicha facultad, so pena de vulnerar la Constitución.

Sin embargo, podría aducirse, como parece hacerlo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que esa facultad legal sí existe y se deriva tanto del Convenio Internacional como del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), en cuyo artículo 277 señala las funciones del Defensor de Familia. Bajo esta óptica, la Resolución simplemente desarrollaría y precisaría esa potestad. No obstante, esa apreciación es errada por los siguientes motivos: de un lado,

porque según fue explicado, el Convenio Internacional tan solo hace referencia a autoridades judiciales o administrativas encargadas de resolver las solicitudes de restitución internacional, pero no precisa, como es natural, cuál es la encargada de hacerlo para el caso colombiano. Por el otro, porque en las funciones previstas en el Código del Menor para los defensores de familia no se encuentra ninguna relacionada con procesos de restitución internacional.

DEFENSOR DE FAMILIA Y RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES-No puede adelantar el proceso/EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Deber de aplicarla

Para la Corte es claro que no existe fundamento constitucional o legal que autorice a los defensores de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, bien sea en forma voluntaria, bien de manera forzosa; a pesar de que existe un acto administrativo que así lo establece, dicho acto resulta manifiestamente inconstitucional porque existe reserva legal para atribuir esa competencia. Y tampoco es de recibo el argumento según ese acto simplemente desarrolla una atribución legal, pues como fue explicado, esa facultad no se fundamenta en norma legal o constitucional alguna. La Sala considera que la aplicación de la Resolución contraviene los la Constitución, en cuanto asigna competencias al Defensor de Familia y a los jueces de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores. Por lo mismo, significa la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al juez natural y, en esta medida, debió ser inaplicada no sólo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sino también por los jueces de instancia dentro del trámite de la acción de tutela.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Su aplicación no se reserva únicamente a los jueces

La jurisprudencia también es uniforme en señalar que la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad no está reservada únicamente a los jueces, sino que también se hace extensiva para las autoridades administrativas, no sólo como una facultad, sino como un deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera. Pero en materia de tutela esa figura es de recibo solamente si la aplicación de esas disposiciones contrarias a la Carta conlleva la violación de derechos fundamentales.

CLAUSULA DE CIERRE-Para resolución de controversias/CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA ADELANTAR PROCESOS DE RESTITUCION INTERNACIONAL DE MENORES

El artículo 16 del CPC, modificado por el Decreto 2282 de 1989 (artículo 1, num.6), hace referencia a la cláusula de cierre, ya no respecto de la jurisdicción, sino en lo que tiene que ver con la competencia para resolver los conflictos entre particulares, dejándola en manos de los jueces civiles del circuito. (i) la jurisdicción ordinaria tiene carácter residual, en tanto es la encargada de conocer aquellos asuntos no asignados a otras jurisdicciones; (ii) los jueces civiles del circuito tienen competencia residual, en primera instancia, para resolver los conflictos de los asociados que no hayan sido asignados a otro juez, dejando a salvo la competencia de lo jueces de familia.

RESTITUCION DE MENORES Y ACCION DE TUTELA-Procedencia

Valorada con detenimiento la situación, la Corte considera que esos mecanismos judiciales resultan completamente ineficaces por dos razones: de un lado, porque la atribución de competencias a los jueces de familia o a la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaría fundada en una decisión del ICBF que en sí misma es nula por incompetencia del servidor público que la expidió y, además, porque luego de un prolongado proceso, la decisión terminaría sin resolver el conflicto, haciendo aún más tortuosa la situación del accionante. En este orden de ideas, la Corte concluye que, para el caso que ocupa la atención de la Sala, la acción de tutela es procedente para cuestionar la decisión del ICBF, aún cuando no lo es para decidir sobre la controversia de restitución internacional.

Referencia: expediente T-429394

Accionante: Carlos Enrique Bustamante

Procedencia: Juzgado Veintidós (22) Civil del Circuito de Bogotá.

Magistrado Ponente:

Dr. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil dos (2002).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández y Eduardo Montealegre Lynett, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Enrique Bustamante, a través de apoderado, interpuso acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por considerar que dicha entidad ha desconocido sus derechos fundamentales al debido proceso, a la familia, a la igualdad, al trabajo, así como los derechos de su menor hija, al revocar la Resolución No. 022 de Marzo 8 de 1998 y, en su lugar, denegar la Restitución Internacional de Melissa Marie Bustamante Argote a los Estados Unidos.

Teniendo en cuenta la complejidad de los hechos, la Corte considera útil dividir su presentación en varios acápites. En el primero de ellos (A) se reseñan los sucesos que dieron origen a la demanda de restitución internacional de la menor; la segunda parte (B) explica los primeros trámites adelantados en desarrollo de la solicitud de restitución internacional, y las diligencias seguidas en un proceso de custodia y cuidado personal ante un juzgado de familia de Bogotá; en tercer término (C), la Corte reseña el proceso de restitución internacional seguido ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), junto con las decisiones que fueron adoptadas. Por último serán explicados los cuestionamientos a la decisión del ICBF, que sirvieron de base para la solicitud de tutela (D).

A

1.- Carlos Enrique Bustamante y Cecil Jacqueline Argote Ruiz contrajeron matrimonio de conformidad con las leyes del Estado de la Florida, Estados Unidos, el 15 de mayo de 1994. De dicha unión, el 11 de julio de 1996 nació, en South Miami, la niña Melissa Marie Bustamante Argote (Tomo I fls.9 a 22).

2.- El 22 de octubre de 1997 la pareja suscribió un Acuerdo de Separación de Bienes en el que dispuso, además, compartir la responsabilidad de la menor, encargándose la madre de la custodia física y residencial de la niña, sin perjuicio del acceso y contacto razonable del

padre. De esta manera, se establecieron las obligaciones para cada uno de ellos (Tomo I fls. 46 a 69).

3.- Por sentencia del 8 de diciembre de 1997, la Corte del Onceavo Circuito del Condado de Dade, Florida, decretó la disolución del matrimonio celebrado entre Cecil Argote y Carlos Bustamante. En esta providencia se incorporó el Acuerdo de Separación de bienes suscrito entre las partes (Tomo I, fls. 23 a 24).

4.- El día 31 de julio de 1998, la Corte del Onceavo Circuito del Condado de Dade autorizó a Cecil Jacqueline Argote para viajar a Colombia con su hija Melissa Marie, fijando como fecha máxima de regreso el 23 de agosto del mismo año (Tomo I, fls. 76 a 79).

5.- Una vez llegada la fecha prevista por la Corte del Condado de Dade, y ante la negativa de la señora Jacqueline Argote de regresar con su hija a los Estados Unidos, mediante providencia del 21 de octubre de 1998, dicha Corte concedió temporalmente la custodia única de la menor a su padre (Tomo I, fls. 95 a 106).

B

6.- Invocando el “Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores”, suscrito por Colombia e integrado a la legislación interna mediante la Ley 173 de 1994, Carlos Bustamante promovió ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), una acción de Restitución Internacional de su hija Melissa Marie, tendiente a que la menor fuera devuelta a su lugar de residencia habitual, para aquel entonces la ciudad de Miami, en los Estados Unidos (Tomo I, fls. 1 a 6).

7.- Previas algunas diligencias, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén, mediante auto del 22 de diciembre de 1998, ordenó la apertura de la investigación, según lo dispuesto por la Dirección General del ICBF en la Resolución No. 1399 de 1998, “Por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores” (Tomo I, fl. 147).

8.- El apoderado de la señora Cecil Jacqueline Argote Ruiz solicitó la nulidad o suspensión del trámite administrativo, por considerar que el ICBF carecía de competencia para adelantar el trámite de la restitución internacional. Sin embargo, mediante auto del doce (12) de febrero

de 1999, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén deniega la solicitud formulada, pues advierte que al momento de la ratificación del Convenio Internacional se señaló que la autoridad central sería el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y que, en consecuencia, el Defensor de Familia es competente para adelantar el proceso de restitución internacional (Tomo I, fls.205 a 208).

9.- Paralelamente a lo anterior, Cecil Jacqueline Argote presentó demanda de cuidado y tenencia de la menor, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado 7º de Familia de Bogotá y fue admitida el 3 de septiembre de 1998 (Tomo IV, fls. 1 a 47). El apoderado del señor Carlos Bustamante interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, por considerar que el Juzgado de Familia carecía de competencia para conocer y decidir al respecto, toda vez que a la luz de la Ley 173 de 1994 (Convenio de Restitución Internacional), estos asuntos son de conocimiento de las autoridades centrales de cada Estado, para el caso colombiano el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Tomo IV, fls. 198 a 204). El recurso fue denegado luego de considerar que la decisión que se llegare a adoptar no hacía tránsito a cosa juzgada (Tomo IV, fls. 207 a 215).

10.- Teniendo en cuenta lo anterior, y fracasado el procedimiento conciliatorio, mediante auto del 23 de febrero de 1999, la Defensora de Familia declaró agotado el trámite administrativo y, dando aplicación al artículo 13 de la Resolución No. 1399 de 1999, envió el expediente al Juzgado 7º de Familia (Tomo I, fls.263-264, Tomo IV, fls. 216-217).

11.- Luego de varios incidentes propuestos en el proceso seguido en el Juzgado de Familia, que no es del caso detallar (Tomo II, fls. 91 a 116, Tomo IV, fls.352 a 364, 517 a 538, 539 a 544, entre otros), el despacho se declaró competente para conocer del proceso de tenencia y cuidado personal de la pequeña Melissa Marie, pero sin competencia respecto del proceso de Restitución Internacional (Tomo IV, fls.251 a 261). En consecuencia, ordenó devolver tales diligencias al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

12.- El señor Carlos Bustamante interpuso acción de tutela contra el Juzgado 7º de Familia de Bogotá, por considerar que carecía de competencia para adelantar el proceso de custodia y cuidado personal. Sin embargo, la misma fue denegada por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá (octubre 12 de 1999) y confirmada por la Corte Suprema de Justicia (noviembre 24 de 1999).

13.- Conviene advertir que el proceso de tenencia y cuidado personal culminó con sentencia del 28 de noviembre de 2000, mediante la cual se concedió la tenencia y cuidado de la menor a Cecil Jacqueline Argote Ruíz.

C

14.- Una vez remitido el proceso, y teniendo en cuenta la decisión del Juzgado 7º de Familia respecto de su incompetencia para conocer de la restitución internacional, la Defensora de Familia del Centro Zonal de Usaquén, por auto del 21 de enero de 2000, reabrió el proceso de restitución internacional de la menor Melissa Marie Bustamante Argote (Tomo II, fl.117).

15.- Reasumido el trámite, la Defensora de Familia profirió la Resolución No. 022 del 8 de marzo de 2000, mediante la cual ordenó la restitución inmediata de Melissa Marie Bustamante Argote a la ciudad de Miami, en los Estados Unidos. En criterio de la funcionaria, la solicitud reunía los requisitos exigidos por el Convenio sobre aspectos civiles de secuestro internacional y, además, la menor se encontraba en las situaciones previstas por el referido Convenio.

16.- Contra la anterior providencia, la señora Cecil Jacqueline Argote, por intermedio de su apoderado, interpuso los recursos de reposición y en subsidio el de apelación. Así mismo, solicitó la nulidad del proceso administrativo (Tomo II, fls.122 a 127 y 129 a 142).

17.- La solicitud de nulidad se fundamentó, entre otros aspectos, en la incompetencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para adelantar los procesos de Restitución Internacional de Menores. Sin embargo, la misma fue desestimada durante el proceso administrativo (Tomo II, fls.211-212, Tomo III, fls.103-104 y 145-146).

19.- Llegado el expediente a la Directora de la Regional Santafé de Bogotá, el 5 de octubre de 2000 expide un auto en el que ordena la práctica oficiosa de algunas pruebas (Tomo III, fl. 120)

20.- Posteriormente, mediante Resolución No. 923 del 18 de octubre de 2000, la Directora Regional de Santafé de Bogotá resolvió el recurso de apelación en el sentido de revocar la Resolución No. 022 de 2000 y, en su lugar, deniega la solicitud de restitución internacional de

la niña Melissa Marie Bustamante Argote. En su concepto, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tiene plena competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores establecidos en el convenio sobre aspectos civiles de secuestro internacional de niños y en la Ley 173 de 1994. Así mismo, estima que de conformidad con lo normado en el Código del Menor, dicha función corresponde a los defensores de familia (Tomo III, fls. 128 a 147).

De otro lado, reconoce que un acto administrativo como la Resolución No. 1399 de 1998, no le puede asignar competencias a una autoridad judicial como el juez de familia. No obstante, advierte que las autoridades administrativas no pueden aplicar la excepción de inconstitucionalidad por cuanto la misma Carta restringe su alcance a los funcionarios jurisdiccionales.

Por último, luego de analizar el informe psicosocial remitido por el Juzgado 7º de Familia, el informe social elaborado por funcionarios del ICBF y el interrogatorio realizado al señor Carlos Bustamante en el Juzgado de Familia, la Directora Regional concluye que la menor se ha integrado a su nuevo medio materno y, de ordenar su reintegro a los Estados Unidos, se le pondría en una situación intolerable. En consecuencia, amparada en los artículos 12 y 13 del Convenio, deniega la restitución internacional de la menor.

D

21.- Carlos Bustamante presentó acción de tutela contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por considerar que con la mencionada Resolución (No. 923 de 2000), la entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, a la familia, a la igualdad, al trabajo, así como los derechos de su hija Melissa Marie (Tomo V, fls. 2 a 21 y 91 a 110). Cuestiona la decisión adoptada específicamente en los siguientes aspectos:

- a) El auto que decretó pruebas de oficio y que sirvió de base para la decisión adoptada, no fue notificado a las partes ni se corrió el respectivo traslado.
- b) Las pruebas practicadas de oficio no cumplieron los requisitos legales para su práctica y contradicción.
- c) El ICBF nunca dio oportunidad de controvertir los elementos probatorios que se allegaron

al expediente dentro del trámite de la apelación.

d) Las pruebas allegadas fueron valoradas al margen de las reglas de la sana crítica y de manera aislada.

e) El ICBF resolvió sobre los derechos de guarda de la niña, estando imposibilitado para adoptar alguna decisión en ese sentido.

22.- De esta manera, considera que la entidad desconoció abiertamente el equilibrio procesal, incurriendo en vía de hecho frente a la valoración probatoria. Además, advierte que si por el hecho de trabajar con el propósito de asegurar las condiciones económicas favorables, su hija queda en situación intolerable como lo sugiere el ICBF, el trabajo “en vez de dignificar deshonra a quien lo ejecuta”.

23.- Finalmente, a juicio del tutelante, ninguna autoridad colombiana, judicial o administrativa, tiene jurisdicción ni competencia para resolver de fondo sobre los derechos de guarda de un menor, que teniendo su domicilio en otro país (en el caso de Melissa los Estados Unidos), sea trasladado o retenido ilegalmente en Colombia.

Solicitud de tutela

De conformidad con los planteamientos reseñados, el señor Carlos Bustamante solicita que se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (i) abstenerse de decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de guarda y custodia de la menor Melissa Marie, (ii) revocar la Resolución No. 923 del 18 de octubre de 2000 y (iii) ordenar la inmediata restitución internacional de la menor a su último domicilio habitual, que lo fue la ciudad de Miami, en los Estados Unidos de América.

Posición de la entidad demandada

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del coordinador del grupo jurídico, desestima los argumentos del actor y considera que la tutela no está llamada a prosperar.

En primer lugar, explica que el acto cuestionado se fundamentó en los artículos 12 y 13 de la Ley 173 de 1994, que permiten denegar la restitución internacional de un menor cuando éste

se encuentre completamente adaptado a su nuevo medio, y cuando su traslado implicare riesgo físico o psíquico para el menor, o lo pusiere en una situación intolerable. Y agrega que según los informes sociales presentados tanto por el ICBF como por el Juzgado 7º de Familia, esos presupuestos se reunían en el caso de la pequeña Melissa Marie.

De otro lado, a juicio de la entidad, la Resolución No. 923 de 2000 no constituyó vía de hecho. Con relación al defecto sustantivo, advierte que se atendió la Ley 173 de 1994, declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-402 de 1995; en cuanto tiene que ver con el defecto fáctico, indica que la decisión tomó en cuenta los informes sociales practicados y trasladados al proceso administrativo conforme a lo estipulado en el artículo 185 del C.P.C.; tampoco considera que se haya configurado defecto orgánico, porque según las previsiones de la Ley 173 de 1994, así como la Sentencia C-402 de 1995, corresponde al ICBF adelantar los procesos de restitución internacional de menores; finalmente, teniendo en cuenta la aplicación del código contencioso administrativo, no observa la configuración de un defecto procedimental.

Por último, sostiene que la Resolución fue proferida siguiendo los parámetros del artículo 44 de la Carta Política, según el cual los derechos de los niños prevalecen sobre los demás (Tomo V, fls. 123 a 126).

Sentencias objeto de revisión

- El Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del veintiséis de noviembre de 2000, denegó la solicitud de tutela. En su sentir, toda la actuación adelantada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar respetó el debido proceso tanto formal como sustancial. Explica que el ordenamiento facultaba al funcionario administrativo para decretar pruebas de oficio, las cuales fueron recaudadas con el lleno de los requisitos legales, contando con la posibilidad de ser controvertidas y siendo además valoradas conforme a las reglas de la sana crítica. Concluye entonces que la decisión de la entidad se basó en pruebas oportunamente allegadas y debidamente valoradas (Tomo V, fls. 129 a 134).

- Impugnada la providencia (Tomo V, fls. 144 y 145), la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá confirmó el fallo en sentencia del siete de febrero de 2001 (cuaderno principal, fls. 19 a 35). En primer lugar, destaca que la decisión adoptada por el Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar constituye un acto administrativo susceptible de ser cuestionado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y que torna improcedente la tutela por existir otros mecanismos de defensa judicial.

En segundo lugar, el Tribunal considera que la actuación del ICBF respetó el debido proceso, por cuanto estuvo sustentada en pruebas debidamente aportadas y valoradas a la luz del convenio internacional. Y advierte que si el accionante no controvertió otras pruebas obrantes en el proceso, no puede en sede de tutela pretender subsanar los yerros en que pudo haber incurrido durante el trámite administrativo.

Revisión por la Corte

Remitida a esta Corporación, la Sala de Selección Número Cinco (5) de la Corte Constitucional, dispuso la revisión de los fallos proferidos dentro del proceso de la referencia.

Actividad Probatoria de la Sala

Teniendo en cuenta que algunos documentos del expediente estaban incompletos, y ante su necesidad para adelantar el análisis del caso, la Sala de Revisión No. 7 de la Corte Constitucional solicitó copia íntegra de las diligencias practicadas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar dentro del proceso de restitución internacional de Melissa Marie Bustamante Argote, así como de las que fueron seguidas por el Juzgado 7º de Familia de Bogotá en el proceso de custodia y cuidado personal de la menor.

De otro lado, en sede de revisión, el apoderado de la señora Cecil Jacqueline Argote presentó a la Corte varios escritos donde cuestiona la actitud del demandante y considera que la tutela no está llamada a prosperar. Anexa varios documentos de los cuales la Sala destaca los siguientes:

- Un concepto psicológico según el cual el vínculo de la niña con la madre es fundamental para el desarrollo de la menor (cuaderno principal, fls. 72 a 75).
- Una copia de la información que ofrece la página de internet “www.missingkids.org”, acerca de Melissa Marie Bustamante Argote. Según pudo comprobar la Corte, la referida página reporta a la menor como desaparecida y publica una fotografía suya (cuaderno principal, fls.

77, 78, 98 a 102, y 132 a 134).

- Un video en formato VHS, correspondiente al programa de televisión “América en vivo”, transmitido el día 11 de enero de 2001 por el canal TELEMUNDO. En el mismo es entrevistado el señor Carlos Bustamante, quien relata la historia relacionada con el proceso de restitución de la menor.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia.

1.- Esta Corte es competente para revisar los fallos de tutela proferidos en este proceso, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

El asunto bajo revisión

2.- El demandante considera que la decisión del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en el sentido de denegar la restitución de su hija a los Estados Unidos, constituye una vía de hecho porque fueron trasladadas algunas pruebas sin el cumplimiento de los requisitos legales y porque su valoración estuvo al margen de las reglas de la sana crítica; además, señala que la entidad no podía decidir sobre los derechos de guarda de la menor. Desde la perspectiva del ICBF, así como de los jueces de instancia, la Resolución que denegó la restitución (No. 923 de 2000) fue proferida con observancia del debido proceso y en aplicación del “Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños”, adoptado mediante la Ley 173 de 1994 y declarado exequible por la Corte Constitucional. Así mismo, el juez de segunda instancia encontró improcedente la tutela, ante la posibilidad de demandar el acto en la jurisdicción contencioso administrativa.

La Corte también observa que durante el trámite seguido ante el ICBF, y en el de custodia y cuidado personal promovido en el Juzgado de Familia, las partes cuestionaron ampliamente la competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores. En efecto, a lo largo del proceso fue controvertida la Resolución No. 1399 de 1998 expedida por la dirección general del ICBF, “Por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores”.

Problemas jurídicos objeto de estudio

3.- De conformidad con lo expuesto, el asunto bajo revisión plantea varios problemas jurídicos. En primer lugar, la Corte debe determinar si el acto que revocó la Resolución No. 022 de 2000 y denegó la restitución internacional de la menor, fue expedido con violación del debido proceso administrativo. Para ello comenzará por hacer una breve presentación sobre los procesos de restitución internacional de menores y la distinción entre las autoridades centrales y las autoridades encargadas de adelantarlos. Luego es necesario establecer si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar era o no competente para conocer del proceso de restitución internacional.

Posteriormente, si la Corte concluye que dicha entidad tenía competencia, deberá analizar si la decisión se fundamentó en pruebas válidamente allegadas y valoradas, si el ICBF resolvió sobre los derechos de guarda y custodia de la menor, y si tenía facultades para hacerlo.

En tercer lugar estudiará la procedencia de la tutela, para lo cual tomará en cuenta si existen otros mecanismos de defensa o se configura un perjuicio irremediable. Como será explicado más adelante, la determinación de posponer el examen de este punto obedece a cuestiones de carácter estrictamente metodológico.

Finalmente, tomando en consideración la documentación aportada, la Sala analizará la situación sobre el reporte de la menor como desaparecida y la publicación de una fotografía suya en una página de internet, así como de la emisión de un programa televisivo sobre el particular.

La restitución internacional de menores. Autoridad central y autoridades encargadas de conocer de la restitución.

4.- Colombia suscribió y posteriormente aprobó el “Convenio sobre aspectos civiles del Secuestro Internacional de Niños”. Tanto el Tratado como su ley aprobatoria (Ley 173 de 1994) fueron declarados exequibles por esta Corporación en sentencia C-402 de 1995. En aquella oportunidad la Corte explicó que el Convenio hace parte de un conjunto mayor de tratados, orientado a garantizar la restitución inmediata de un menor que hubiere sido trasladado o retenido ilícitamente por uno de sus padres o parientes a raíz de conflictos familiares.

Así mismo, la Corte advirtió que el Tratado “impone a los Estados Contratantes el respeto de los derechos de visita y de custodia que cualquiera de ellos haya reconocido a alguno de los padres o acudientes del menor, de acuerdo con las leyes internas de cada país”¹, lo cual armoniza con el principio que establece el interés superior del menor, reconocido ampliamente a nivel internacional (Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, aprobada por el Congreso mediante la Ley 12 de 1991), derivado expresamente de la propia Constitución (artículo 44) y explicado por la jurisprudencia en los siguientes términos²:

“El denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.

Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la psicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista – que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión –, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes. Tal reconocimiento quedó plasmado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3º) y, en Colombia, en el Código del Menor (decreto 2737 de 1989). Conforme a estos principios, la Constitución Política elevó al niño a la posición de sujeto merecedor de especial protección por parte del Estado, la sociedad y la familia (artículos 44 y 45).

La más especializada doctrina coincide en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o

capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor”.

5.- En este sentido, el Convenio constituye un marco referencial que indica a los Estados la forma de proceder cuando los menores son ilícitamente trasladados de un país a otro. Sin embargo el contenido del Tratado no agota la regulación de la materia sino que, por el contrario, sólo establece parámetros generales y abre la posibilidad a cada Estado para señalar los procedimientos específicos de acuerdo con su régimen jurídico interno. Así, en cuanto tiene que ver con el trámite, prevé la designación de una “autoridad central” encargada de cumplir las obligaciones derivadas del Convenio (artículos 6 y 7), pero no define expresamente, como es apenas lógico, a quién corresponde resolver sobre la solicitud de restitución internacional: simplemente indica que habrá una “autoridad judicial o administrativa” encargada de tal función³.

De esta manera, la autoridad central es la encargada de adelantar funciones administrativas (dar trámite a las solicitudes de restitución y velar por el cumplimiento del Convenio), pero de allí no se deriva que a la misma entidad corresponda resolver la solicitud de restitución internacional. Sin embargo, nada impide que si un Estado lo dispone, con sujeción a las normas internas, también ella pueda conocer del asunto.

6.- Surgen entonces varios interrogantes para el caso colombiano: ¿cuál es la autoridad central encargada de cumplir las obligaciones derivadas del Tratado? ¿Cuáles son las normas internas que determinan la autoridad encargada de conocer de los procesos de restitución internacional de menores? ¿Cuál es la autoridad (judicial o administrativa) que debe resolver las solicitudes de restitución?

Pues bien, con respecto a la primera pregunta, el Ministerio de Relaciones Exteriores designó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como autoridad central (resalta la Sala) para los efectos de la Convención (oficio O.J.T. 03357), y de la misma forma lo hizo saber al Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos (oficio O.J.A.T. 12640). Según pudo constatar la Corte, cursa en la Sección Primera del Consejo de Estado una demanda de

nulidad contra esas decisiones⁴, habiéndose rechazado la misma respecto del oficio O.J.T. 03357 de 1998, y denegado la suspensión provisional del otro acto administrativo (cuaderno principal, fls. 138 a 156). La controversia entorno a la designación del ICBF como autoridad central no resulta relevante en el asunto objeto de revisión, razón por la cual la Corte considera que corresponde al Consejo de Estado, dentro del ámbito de su competencia, determinar si la norma resulta o no ajustada al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no sucede lo mismo sobre las normas que determinan la autoridad encargada de adelantar los procesos de restitución internacional. En efecto, la Corte observa que la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar expidió la Resolución No. 1399 del 18 de mayo de 1998, “por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al secuestro internacional de menores”. Esa resolución, junto con las disposiciones del Código del Menor, sirvieron de fundamento para adelantar el proceso de restitución internacional, y no sobra aclarar que en ese proceso se cuestionó ampliamente la competencia tanto del ICBF como de los jueces de familia. Por tal motivo es necesario profundizar en este punto, respetando en todo caso la órbita de competencia atribuida constitucionalmente al Consejo de Estado, donde cursa una demanda de nulidad contra la mencionada Resolución. Entra pues la Corte a analizar la cuestión.

Competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores.

7.- La Resolución No. 923 de 2000, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que revocó la Resolución No. 022 del mismo año y en su lugar denegó la restitución de Melissa Marie Bustamante Argote, se fundamentó, en cuanto a la competencia, en los siguientes criterios:

En primer lugar, señala que en la sentencia T-412 de 2000, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional consideró “al citar el artículo 13 del Convenio, que las Autoridades Administrativas tienen plena competencia para decidir sobre el regreso del niño a su lugar de residencia habitual”. (Resolución No. 923 de 2000, fl. 748, Tomo III)

En segundo lugar, la Resolución hace referencia a la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá dentro de la acción de tutela interpuesta por Carlos Bustamante contra el Juzgado 7º de Familia de Bogotá (ver hecho 12), donde el Tribunal dijo lo siguiente⁵: “Tampoco se observa que en la ley citada se haya atribuido al Juez de Familia competencia

para conocer del trámite de restitución internacional de menores, pues al tenor de la misma, se trata de un trámite administrativo, independiente de los procesos judiciales que resuelvan sobre custodia y cuidado personal, guarda y visitas, que debe ser adelantado por la autoridad central (para Colombia es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar); la cual debe determinar si es procedente o no la restitución internacional del menor (...).”.

En tercer lugar, la Resolución explica que el ICBF fue designado como Autoridad Central y que en esa medida está autorizado para adelantar los procesos de restitución internacional de menores. Sin embargo, centra el problema en saber quién debe adelantar esos procesos al interior de la entidad (Subdirección de protección o Defensor de Familia). Y advierte que el artículo 277 del Código del Menor “asigna al Defensor de Familia la función de intervenir en interés de la Institución Familiar y del menor”, para concluir que es a estos últimos a quienes corresponde adelantar dichos procesos.

De esta manera, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar concluye que los Defensores de Familia están facultados para conocer de los procesos de restitución internacional de menores y procede luego al análisis material del caso. No obstante, según fue indicado, es necesario hacer precisión en este punto.

Reparto funcional de competencias y juez natural para adelantar los procesos de restitución internacional de menores

8.- Las controversias jurídicas entre los asociados deben ser, en principio, resueltas por las autoridades judiciales. Esto se inspira en el criterio de división de poderes, según el cual a éstas se encomienda la tarea de decidir asuntos de naturaleza contenciosa entre los asociados, pero se enmarca también dentro de los parámetros del debido proceso, específicamente del principio del juez natural, que comprende la facultad de que los jueces sean quienes preferentemente dicten el derecho y resuelvan los conflictos dentro de la sociedad⁶.

No obstante, lo anterior no significa que todo tipo de controversia deba ser resuelta por los jueces, pues bien puede el legislador atribuir a determinadas autoridades administrativas del Estado la resolución de ciertos conflictos, a menos que haya reserva constitucional para ello como expresamente ocurre, por ejemplo, para el caso de la extinción del dominio⁷ (CP., artículo 34), la cancelación o suspensión de personería jurídica de sindicatos⁸ (CP. artículo

39), o la imposición de sanciones de carácter penal, como lo ha señalado reiteradamente esta Corporación⁹. En la Sentencia C-111 de 2000, la Corte dijo sobre el particular¹⁰:

“[L]a radicación de una competencia en una determinada autoridad judicial, no configura una decisión de índole, exclusivamente, constitucional sino que pertenece al resorte ordinario del legislador¹¹, siempre y cuando el constituyente no se haya ocupado de asignarla de manera explícita entre los distintos entes u órganos del Estado.

Efectivamente, la asignación legal de una competencia a una autoridad judicial supone la determinación acerca del ejercicio de una función pública, en desarrollo del mandato establecido en el artículo 150-23, en virtud del cual corresponde al Congreso de la República “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”, siendo en este caso la administración de justicia la función pública regulada, la cual de conformidad con lo señalado en el artículo 228 de la Ley Fundamental, constituye materia de ley para su organización y realización, de manera pronta y eficiente.”

9.- Según lo anterior, el diseño institucional previsto en la Carta de 1991, así como el reparto funcional de competencias asignado a las ramas del poder público y los organismos autónomos, lleva a concluir que es el Congreso el órgano encargado de fijar las reglas de convivencia social, así como la asignación de funciones a los servidores públicos, siempre dentro de los límites impuestos en la propia Constitución. Es lo que esta Corporación ha denominado cláusula general de competencia¹², según la cual las normas de convivencia social son expedidas, en principio, por el Congreso, en tanto que corresponde al Gobierno garantizar su ejecución. Sobre el tema de la competencia, la Corte, en la Sentencia C-655 de 1997 señaló lo siguiente:

“Por regla general, corresponde al legislador en aquellos casos en que el Constituyente no lo haya hecho, asignar competencia a los distintos entes u órganos del Estado.”

(...)

“La competencia debe tener las siguientes calidades: legalidad, pues debe ser fijada por la ley; imperatividad, lo que significa que no es derogable por la voluntad de las partes; inmodificabilidad por que no se puede variar en el curso de un proceso (perpetuatio jurisdictionis); la indelegabilidad, ya que no puede ser delegada por quien la detenta; y es de

orden público puesto que se funda en principios de interés general.” (Subrayado fuera de texto)

Sin embargo, cuando en desarrollo de las obligaciones constitucionales el Congreso asigna funciones, no significa que deba agotar minuciosamente y en detalle las atribuciones de los servidores públicos, como ya ha tenido ocasión de precisarlo esta Corporación, sino el señalamiento de parámetros claros y concretos en cuanto a las funciones atribuidas, permitiendo que un reglamento puntualice en cada una de esas tareas. La Sentencia C-447 de 1996 precisó al respecto¹³:

“Restringir exegéticamente la interpretación de la citada norma constitucional para admitir que la asignación de funciones únicamente procede por medio de ley o decreto expedido por el Presidente de la República, sería desconocer que el legislador por muy acucioso que sea no puede llegar a regular esta materia con una minuciosidad y detalle tal para señalar en forma taxativa uno a uno los asuntos que compete cumplir a cada uno de los servidores del Estado, aspectos que necesariamente deben ser regulados por la misma administración. Además con ese criterio se atentaría contra los principios de eficacia, economía y celeridad que orientan la función administrativa, la cual se cumple mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (art. 209 C.N.); e iría contra toda lógica que los superiores jerárquicos no pudieran asignarle otras funciones inherentes a su cargo a los empleados de su dependencia, por no estar expresamente contenidas en una ley o decreto, lo que en últimas entrabaría la administración y, por ende, la eficaz prestación del servicio público.”

Pero lo que resulta inadmisibles es, precisamente, que una entidad atribuya para sí una competencia, o lo haga para otra autoridad administrativa, sin que previamente exista un mandato constitucional o legal en ese sentido. En efecto, como lo señala el artículo 121 Superior, “ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”. El artículo 122 ídem refuerza este planteamiento al señalar que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento (...)”. Y finalmente, el artículo 150-23 del mismo estatuto dispone que corresponde al Congreso “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de servicios públicos”. De esta manera, cuando una entidad se atribuye una facultad sin fundamento constitucional o legal para hacerlo, no sólo desborda el ámbito de su

propia competencia, sino que, ante la existencia de una reserva, crea una función que desconoce los artículos 121, 122 y 150-23 de la Constitución.

10.- En este orden de ideas, la competencia para adelantar los procesos de restitución internacional no es un asunto reservado constitucionalmente a los jueces, ni parece estar reservado únicamente a ellos, como se observa de la lectura del Convenio, que según fue explicado, hace referencia a las “autoridades judiciales o administrativas” encargadas de conocer de esa clase de procesos.

Sin embargo, la Resolución No. 1399 de 1998 expedida por el ICBF “Por la cual se establece el procedimiento interno para la aplicación del Convenio de la Haya referente al Secuestro Internacional de Menores”, sugiere una primera hipótesis sobre quiénes son las autoridades encargadas de dichos trámites. En efecto, ese acto administrativo contempla dos alternativas: la restitución internacional voluntaria y la restitución producto de una contienda entre las partes resuelta por vía judicial. Conviene hacer referencia a algunos de esos artículos:

- “Artículo séptimo: El Defensor de Familia comisionado, para dar cumplimiento a las obligaciones de que trata el Convenio, deberá ordenar una investigación sobre la real situación del niño, promoverá la restitución voluntaria, la conciliación entre las partes y, en el evento de que este se hallare en peligro, adoptará de manera preventiva, las medidas de protección para menores de edad, contempladas en el Código del Menor.

Si la restitución del menor, no se obtuviere en forma voluntaria o mediante la conciliación, el Defensor de Familia del lugar donde este se encuentre, realizará las gestiones necesarias para obtener su restitución por vía judicial.” (Subrayado fuera de texto).

- “Artículo octavo: El Defensor de Familia podrá mediante resolución motivada disponer el no regreso del menor al lugar de residencia habitual, cuando las circunstancias, las investigaciones y las pruebas debidamente allegadas y practicadas así lo indiquen, conforme a lo establecido en el artículo 13 del Convenio.”(Subrayado fuera de texto)

- “Artículo décimo primero: El Defensor de Familia presentará la demanda ante el Juez de Familia o Juez Promiscuo de Familia, acompañada de la documentación requerida por el convenio y por las normas procedimentales vigentes sin perjuicio de la intervención del

apoderado del solicitante.

A la demanda se adjuntará prueba siquiera sumaria de que el peticionario se encuentra residenciado en el exterior, con el objeto de que no sea obligatoria su presencia en la audiencia determinada en el artículo 439 del Código de Procedimiento Civil y la actuación se cumpla con su apoderado o con el Defensor de Familia, según corresponda.

Admitida la demanda por el juzgado, el Defensor de Familia adscrito al mismo, intervendrá a favor de los intereses del menor.” (Subrayado fuera de texto)

- “Artículo décimo tercero: Si antes de recibir la solicitud de restitución se hubiere iniciado un proceso que resuelva cuestiones de fondo sobre derechos de custodia, cuidado personal, guarda o visita, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, por conducto del Defensor de Familia, enviará la demanda al Juez competente para que resuelva en la sentencia. En este caso, el solicitante será atendido como parte si ya no lo fuere.” (Subrayado fuera de texto)

“Artículo décimo cuarto: Una vez decretada por el Juez la restitución del menor, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a través de la Subdirección de Protección, comunicará esta decisión a la Autoridad Central de la residencia habitual del menor y dispondrá los recursos necesarios para el traslado del menor al Estado requirente en el caso en que las partes carezcan de posibilidades económicas para tal fin.” Subrayado fuera de texto)

“Artículo décimo séptimo: Acordada la restitución voluntaria o decretada esta por el Juez competente, se podrá exigir a la persona que efectuó el desplazamiento o retención ilícita del menor, el pago de los gastos que se originaren con motivo de la restitución, sin perjuicio de que el propio solicitante decida asumirlos. En caso de que las partes carezcan de recursos económicos, la Autoridad Central deberá facilitar los gastos de traslado del menor.” (subrayado fuera de texto)

No es difícil constatar que la mencionada resolución atribuye competencias a los Defensores de Familia, también en dos sentidos: para adelantar los procesos voluntarios de restitución internacional, y para acudir ante los jueces de familia cuando esa restitución no fuere voluntaria. Establece además algunas previsiones para el ICBF como autoridad central

encargada de dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Convenio y entiende que los jueces de familia son los encargados de resolver las solicitudes de restitución internacional si no hay acuerdo entre las partes. Pues bien, sobre las funciones asignadas como autoridad central, la Corte no adelantará ningún análisis por no ser relevante en este caso; empero, no sucede lo mismo sobre las atribuciones que asigna a los defensores y jueces de familia.

11.- En la medida que la Resolución No. 1399 de 1998 es un acto administrativo que atribuye a los defensores de familia la competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, y que esa competencia solamente puede ser atribuida mediante ley, lo que no ocurre en esta oportunidad, debe ser inaplicada acudiendo para ello a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, como se explicará más adelante. En efecto, según fue señalado (fundamentos 8 y 9), la Corte considera que un acto administrativo no puede asignar competencias a una autoridad administrativa sin que previamente exista fundamento legal que le confiera esa atribución; y sin ella no puede invocarse dicha facultad, so pena de vulnerar los artículos 121, 122 y 150-23 de la Constitución.

Sin embargo, podría aducirse, como parece hacerlo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que esa facultad legal sí existe y se deriva tanto del Convenio Internacional como del Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), en cuyo artículo 277 señala las funciones del Defensor de Familia. Bajo esta óptica, la Resolución No. 1399 simplemente desarrollaría y precisaría esa potestad. No obstante, esa apreciación es errada por los siguientes motivos: de un lado, porque según fue explicado, el Convenio Internacional tan solo hace referencia a autoridades judiciales o administrativas encargadas de resolver las solicitudes de restitución internacional, pero no precisa, como es natural, cuál es la encargada de hacerlo para el caso colombiano. Por el otro, porque en las funciones previstas en el Código del Menor para los defensores de familia no se encuentra ninguna relacionada con procesos de restitución internacional¹⁴. Y más aún, de manera específica conviene hacer referencia al numeral 17 de ese artículo que establecía:

“Artículo 277.- El defensor de familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones:

(...)

17.- Las demás que expresamente le señale este código, la ley o la dirección general del

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”.

Basta aclarar que la expresión subrayada fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia, luego de concluir que la atribución de otras funciones a los defensores de familia, conforme al artículo 63 de la Constitución (de 1886), “solamente autoriza para hacerlo a la ley y, en su caso y dentro de su órbita, al reglamento”¹⁵. Y no puede perderse de vista que el artículo 63 de la Constitución anterior disponía que “no habrá en Colombia ningún empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”, norma que coincide con la redacción del primer inciso del artículo 122 de la Constitución vigente¹⁶.

En consecuencia, para la Corte es claro que no existe fundamento constitucional o legal que autorice a los defensores de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, bien sea en forma voluntaria, bien de manera forzosa; a pesar de que existe un acto administrativo que así lo establece, dicho acto resulta manifiestamente inconstitucional porque existe reserva legal para atribuir esa competencia. Y tampoco es de recibo el argumento según ese acto simplemente desarrolla una atribución legal, pues como fue explicado, esa facultad no se fundamenta en norma legal o constitucional alguna.

Deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad

12.- Esta Corporación ha señalado reiteradamente la eficacia del artículo 4º de la Constitución, según el cual “en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Para ello el ordenamiento prevé entonces la figura de la excepción de inconstitucionalidad, entendida por la Corte en los siguientes términos¹⁷:

“El valor normativo de la Carta Política trae aparejado dos fenómenos diversos: la derogatoria tácita de todas las disposiciones jurídicas de orden inferior que le sean contrarias y la inaplicación de aquellas manifiestamente incompatibles con el ordenamiento constitucional. En el primer caso, el juez verifica el sistema de fuentes aplicable a la controversia, señalando las normas relevantes, a su juicio, derogadas, sin necesidad de declaración judicial previa. Con todo, si percibe incompatibilidad entre las disposiciones de inferior rango y la Constitución, puede, en virtud de la primacía de la segunda y el perentorio mandato del artículo 4º de la Carta Política, inaplicar las normas cuya incompatibilidad sea manifiesta. De lo contrario, corresponderá a la justicia administrativa determinar si la

disposición administrativa se encuentra vigente o si ha sido derogada.”

La jurisprudencia también es uniforme en señalar que la posibilidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad no está reservada únicamente a los jueces, sino que también se hace extensiva para las autoridades administrativas, no sólo como una facultad, sino como un deber, cuando quiera que haya una clara incompatibilidad entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía, prefiriéndose siempre la primera. Pero en materia de tutela esa figura es de recibo solamente si la aplicación de esas disposiciones contrarias a la Carta conlleva la violación de derechos fundamentales¹⁸.

Como ya fue reseñado (fundamento No. 11), la Sala considera que la aplicación de la Resolución No. 1399 de 1998 contraviene los artículos 121, 122 y 150-23 de la Constitución, en cuanto asigna competencias al Defensor de Familia y a los jueces de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores. Por lo mismo, significa la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al juez natural y, en esta medida, debió ser inaplicada no sólo por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sino también por los jueces de instancia dentro del trámite de la acción de tutela.

Cláusula de cierre para la resolución de controversias y competencia de los jueces civiles del circuito para adelantar los procesos de restitución internacional de menores

13.- De conformidad con las consideraciones anteriores, surge entonces una nueva pregunta: si no son los defensores de familia los encargados de conocer un proceso de restitución internacional de menores, ¿significa lo anterior que ninguna autoridad puede hacerlo?

Para responder el interrogante, una primera interpretación sugiere que el legislador no ha encomendado a ninguna autoridad la resolución de esta clase de controversias. En efecto, si bien es cierto que fue aprobado el Convenio Internacional de Restitución de Menores, adoptado mediante ley y declarado exequible por la Corte Constitucional, también lo es que ninguna precisión hace sobre quién debe conocer dichos procesos. Y bajo esa óptica, ante la falta de competencia expresa debería concluirse que el Convenio es inaplicable, por lo menos hasta cuando el legislador diseñe una regulación al respecto. Sin embargo, un análisis reposado lleva a la conclusión contraria y demuestra que en realidad el ordenamiento prevé una solución para el caso.

Así, como fue reseñado anteriormente, el principio de tridivisión de poderes ha encomendado a los jueces la tarea de resolver, preferentemente, las controversias entre los asociados. Precisamente atendiendo ese principio el propio legislador ha diseñado un mecanismo de cierre en el sistema jurídico que permite asignar siempre la competencia para dirimir toda clase de litigios. Es un mecanismo que responde a la idea según la cual el sistema jurídico es coherente, consistente y previsorio, por lo menos en cuanto a las hipótesis genéricas de conflictos, así como su resolución, y que responde al criterio que la doctrina denomina “a completudine”; es decir, la idea según la cual el ordenamiento como sistema constituye un modelo completo y cerrado. Pues bien, observa la Corte que para el asunto en cuestión existen varias normas que atienden el mencionado criterio.

En primer lugar, el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil (CPC) atribuye a la jurisdicción ordinaria, específicamente a la jurisdicción civil, el conocimiento de todo asunto no asignado expresamente a otra jurisdicción. Dice el mencionado artículo:

“Artículo 12.- Negocios que corresponden a la jurisdicción civil. Corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido a otras jurisdicciones.”(Subrayado fuera de texto)

La Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, para señalar que el derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria hace parte de los derechos de acceso a la justicia, al debido proceso y al juez natural. Sobre el particular ha señalado lo siguiente¹⁹:

“De las consideraciones expuestas se desprende que el derecho al juez natural comprende entre otros, el derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria y, en los casos autorizados por la Constitución, a las jurisdicciones especiales. Es decir, la jurisdicción ordinaria constituye la jurisdicción común para todos los asociados y, salvo que norma expresa indique lo contrario, todo asunto será de su competencia.”

(...)

“Así las cosas, puede entenderse que el derecho al juez natural comprende el derecho a acudir a la jurisdicción ordinaria para que resuelva los conflictos jurídicos dentro de la sociedad. En este sentido pues, la competencia de las jurisdicciones especiales será restringida a aquellos casos en los cuales la Constitución lo autoriza. Se trata, entonces, de unas competencias restringidas. De ahí que deba existir el mayor grado de certeza posible

sobre la debida solución de un conflicto de competencias.”

Y en segundo lugar, el artículo 16 del CPC, modificado por el Decreto 2282 de 1989 (artículo 1, num.6), hace referencia a la cláusula de cierre, ya no respecto de la jurisdicción, sino en lo que tiene que ver con la competencia para resolver los conflictos entre particulares, dejándola en manos de los jueces civiles del circuito. Dice entonces:

“Artículo 16.- Competencia de los jueces de circuito en primera instancia. Sin perjuicio de la competencia que se asigne a los jueces de familia, los jueces de circuito conocen en primera instancia de los siguientes procesos:

(...)

11.- Los demás que no estén atribuidos a otro juez.” (subrayado fuera de texto)

De lo anterior puede concluirse lo siguiente: (i) la jurisdicción ordinaria tiene carácter residual, en tanto es la encargada de conocer aquellos asuntos no asignados a otras jurisdicciones²⁰; (ii) los jueces civiles del circuito tienen competencia residual, en primera instancia, para resolver los conflictos de los asociados que no hayan sido asignados a otro juez, dejando a salvo la competencia de los jueces de familia. Sin embargo, también se derivan dos preguntas, orientadas a determinar (i) ¿cuál es la naturaleza de los jueces de familia? y, (ii) si ¿dentro de la competencia asignada a los jueces de familia, está la de conocer de los procesos de restitución internacional de menores?

Con relación a la naturaleza de los jueces de familia, el ordenamiento remite al Decreto-Ley 2272 de 1989, norma que dispuso la creación de las salas de familia en los tribunales superiores de distrito judicial, así como la creación de los jueces de familia y promiscuos de familia, lo que en realidad fue un cambio en la denominación de los antiguos jueces civiles y promiscuos de menores (artículo 4). En este contexto solamente interesa resaltar que los jueces de familia se constituyen en una modalidad (orgánica) de jueces de circuito pero con una especialidad: el conocimiento de asuntos sobre las relaciones jurídico-familiares. Sin embargo, aún cuando hacen parte de la justicia ordinaria, no por ello puede afirmarse que sean, en estricto sentido, jueces civiles del circuito.

Pero queda por establecer si dentro de la competencia atribuida a los jueces de familia está o

no la de adelantar los procesos de restitución internacional de menores. Y sobre el particular, revisadas las normas que atribuyen competencia a los jueces de familia, la Corte concluye que esa competencia expresa no les ha sido efectivamente atribuida²¹. En consecuencia, a juicio de esta Sala, no queda otra alternativa que acudir a la cláusula de cierre del sistema jurídico, que deja en manos de los jueces civiles del circuito la competencia para conocer de los procesos no asignados a otro juez, precisamente como ocurre en el caso de la restitución internacional de menores.

14.- Con todo, podrían invocarse argumentos para defender la competencia de los jueces de familia. De un lado, podría alegarse que (i) si bien es cierto que la competencia residual corresponde a los jueces del circuito, de la lectura puntual del artículo 16 del CPC no se concluye que el legislador haya asignado expresamente esa competencia a los jueces civiles del circuito sino genéricamente a los jueces del circuito. Por el contrario, dirían algunos, el legislador fue claro en dejar abierta la posibilidad de conocimiento de ciertos asuntos a los jueces de familia, quienes conforman una especialidad de jueces del circuito. También podrían aducir que según la doctrina nacional, (ii) la jurisdicción de familia “tiene como finalidad la de solucionar por medio de órganos especializados y jerarquizados en estructura vertical, los conflictos que surjan de las relaciones familiares, mediante procedimientos y de acuerdo con unas competencias previamente establecidas”²². Y en esa medida, por tratarse de asuntos típicamente familiares, la competencia estaría radicada en los jueces de familia. Finalmente, agregarían, (iii) una interpretación sistemática del ordenamiento lleva a esa conclusión, pues es razonable suponer que dentro del reparto funcional de competencias y siguiendo el criterio de especialidad, los jueces de familia, en su condición de jueces del circuito, deben conocer de aquellos asuntos que no estén atribuidos a otro juez, siempre y cuando tengan que ver con ámbitos de su especialidad.

A pesar de su aparente fuerza, la Corte considera que esos argumentos no son suficientes por las siguientes razones. De una parte, (i) porque es el propio artículo 16 del Código de Procedimiento Civil el que hace la distinción entre los jueces civiles del circuito y los jueces de familia, al dejar a salvo la competencia de estos últimos cuando señala: “Sin perjuicio de la competencia que se asigne a los jueces de familia (...)”. De esta manera, el legislador diferenció claramente unos de otros, aún cuando orgánicamente los jueces de familia son jueces del circuito, pues los asuntos que conocen en primera instancia deben ser resueltos en apelación por los tribunales superiores en las salas de familia.

Lo anterior se ve reforzado con el diseño institucional previsto en el artículo la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, según el cual la jurisdicción ordinaria está conformada por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales superiores de distrito judicial, y los juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia (resalta la Sala) y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley (Ley 270 de 1996, artículo 11). Es clara entonces la diferencia entre los jueces civiles y los jueces de familia, a pesar de que unos y otros pueden corresponder un mismo circuito y hacen parte de la jurisdicción ordinaria.

Tampoco es válido el criterio de especialidad (ii), porque a pesar de la proyección que tiene la jurisdicción de familia como un ámbito específico dentro de la jurisdicción ordinaria, lo cierto es que la competencia de los jueces de familia debe ser expresa y atribuida mediante ley, como ha quedado ampliamente señalado y como lo refiere, además, la propia doctrina citada cuando refiere a “competencias previamente establecidas”. Esto se ve reforzado por el Decreto-Ley 2272 de 1989 en su artículo 5º:

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

En única instancia

(...)

j) De los demás asuntos de familia que por disposición legal deba resolver el juez con conocimiento de causa, breve y sumariamente, o con prudente juicio o a manera de árbitro”.
(Subrayado fuera de texto)

En cuanto a la interpretación sistemática que podría invocarse (iii), no cabe duda que sería deseable que fuesen los jueces de familia quienes, atendiendo criterios de especialidad, adelantaran los procesos de restitución internacional de menores, pero la determinación de esa competencia debe ser el fruto de los debates políticos y democráticos propios del legislador, y no de una mera conveniencia circunstancial, pues según fue explicado, el modelo institucional de la Constitución se inspira también en el principio de separación de poderes. No obstante, si el Congreso guarda silencio en este punto está vedado a la Corte, y a cualquier otra autoridad, invadir la órbita de su competencia cuando el propio ordenamiento prevé una cláusula de cierre, en esta caso, acudiendo ante los jueces civiles

del circuito.

15.- Finalmente, queda por analizar el argumento esgrimido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en relación con un precedente jurisprudencial.

La Resolución No. 923 de 2000 considera que la Sentencia T-412 de 2000²³ reconoció a las autoridades administrativas como competentes para conocer de los procesos de restitución internacional de menores, “al citar el artículo 13 del Convenio (...)”. Sin embargo, aún cuando la Corte abordó el estudio de un caso similar al que ahora ocupa la atención de la Sala, lo cierto es que en aquella sentencia no analizó el tema de la competencia funcional para adelantar dichos procesos.

Así, en la Sentencia T-412 de 2000 la Corte conoció de una tutela presentada por el padre de un menor contra el Juzgado Tercero de Familia de Pereira que ordenó la restitución de su hijo a los Estados Unidos, apoyado en las disposiciones del Convenio sobre aspectos civiles del secuestro internacional de niños. El accionante consideró que el juzgado de familia había incurrido en vía de hecho por cuanto no tuvo en cuenta la opinión del menor, no se practicaron algunas pruebas (que en su sentir eran necesarias al momento de definir la situación del niño) y no fueron valoradas debidamente los restantes elementos probatorios.

Pues bien, en la mencionada sentencia el estudio de la Corte se limitó a esas cuestiones, pero en ningún momento analizó la competencia del juzgado de familia para adelantar el proceso, no sólo porque ese punto no fue objeto de controversia, sino porque tampoco se hizo referencia a la Resolución No. 1399 de 1999, expedida por el ICBF. Al momento de plantear el problema a resolver la Sala dijo lo siguiente:

“Compete a la Corte decidir si la sentencia impugnada constituye una vía de hecho judicial. Para resolver la cuestión planteada, resulta necesario determinar (1) si era indispensable escuchar directamente, en sede judicial, la opinión del menor; (2) si constituye vía de hecho dejar de practicar un testimonio solicitado extemporáneamente cuando el solicitante lo considera de fundamental importancia para la adopción de la correspondiente decisión; (3) si el juez, al valorar las pruebas obrantes en el proceso, incurrió en una vía de hecho judicial y desconoció el interés superior del menor. La Corte analizara las cuestiones mencionadas.”

Igualmente, la Corte concluyó que la decisión del juzgado de familia no constituía vía de hecho porque (i) el Convenio no hacía imperativa la intervención directa del menor en sede judicial, sino que existía un razonable margen de apreciación, (ii) la prueba que no se practicó, además de innecesaria, fue solicitada extemporáneamente y, (iii) las demás pruebas se valoraron debidamente atendiendo siempre el interés superior del menor. Y por esas razones confirmó los fallos de instancia que habían denegado la tutela.

De otra parte, era apenas razonable que la Corte tomara en cuenta la normatividad del Convenio. Si bien en algunos apartes parece abordar el tema, lo cierto es que en ningún momento plantea, y ni siquiera sugiere, que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar tuviera facultades para conocer de los procesos de restitución internacional de menores.

Síntesis. Nulidad de la actuación adelantada por el ICBF dentro del proceso de restitución internacional de Melissa Marie Bustamante Argote Ruiz

16.- Con fundamento en los planteamientos expuestos, la Corte considera útil hacer las siguientes precisiones:

- La Resolución No. 1399 de 1998 expedida por el ICBF atribuye a los Defensores de Familia y a los jueces de familia competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores. Sin embargo, dicha facultad solamente puede ser atribuida mediante ley, sin que sea válido afirmar que de lo que se trata es del desarrollo y ejecución de un tratado internacional, porque en todo caso esas actuaciones han de observar las reglas previstas en la propia Constitución. Así, por desconocer los artículos 121, 122 y 150-23 de la Carta, debe ser inaplicable por inconstitucional, pero únicamente en esos aspectos.

- Ni los defensores de familia del ICBF ni ninguna otra autoridad de esa entidad tienen competencia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, porque no existe norma legal alguna que les confiera esa atribución. En consecuencia, no tenían competencia para decidir sobre la restitución de la menor Melissa Marie Bustamante Argote.

- La falta de competencia funcional de las autoridades del ICBF para adelantar el proceso de restitución internacional de Melissa Marie Bustamante Argote genera una nulidad que no es susceptible de saneamiento porque desconoce los derechos fundamentales al juez natural y

al debido proceso. En consecuencia, no queda otra alternativa que decretar la nulidad de ese trámite, sin perjuicio de que las diligencias válidamente practicadas puedan ser trasladadas a otros procesos.

- No puede perderse de vista que las nulidades originadas en la falta de competencia funcional o en la falta de jurisdicción no son saneables por cuanto con ello se vulnera el principio del juez natural y, por ende, el derecho fundamental al debido proceso. Así lo precisó esta Corporación cuando al analizar una demanda presentada contra algunas normas de distintos ordenamientos procesales, y cuyos planteamientos resultan admisibles en esta oportunidad, dijo lo siguiente²⁴:

“Por el contrario, la nulidad originada en la falta de competencia funcional o en la falta de jurisdicción no es saneable. ¿Por qué? Porque siendo la competencia funcional la atribución de funciones diferentes a jueces de distintos grados, dentro de un mismo proceso, como se ha dicho (primera y segunda instancia, casación, revisión, etc.), el efecto de su falta conduce casi necesariamente a la violación del derecho de defensa, o a atribuir a un juez funciones extrañas a las que la ley procesal le ha señalado. Piénsese, por ejemplo, en tramitar un recurso de casación ante un tribunal superior: es claro que esto atentaría contra la misma organización de la administración de justicia y violaría el debido proceso.”

- Lo anterior no significa que ninguna autoridad pueda decidir sobre las demandas de restitución internacional de menores, porque el legislador ha diseñado una cláusula de cierre para la resolución de controversias entre los asociados, según la cual corresponde a la jurisdicción ordinaria, por intermedio de los jueces civiles del circuito, conocer de todo asunto que no haya sido atribuido a otro juez. En consecuencia, hasta que el legislador no establezca lo contrario, son los jueces civiles del circuito los encargados de adelantar los procesos de restitución internacional de menores.

- La Corte no puede ser ajena a la grave inestabilidad en que se encuentra el accionante, quien luego de más de tres años aún no ha podido definir la situación sobre el proceso de restitución internacional de su hija. De esta manera, teniendo en cuenta el principio de celeridad y por tratarse de un asunto donde también están de por medio los intereses de un menor de edad, la Sala ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que remita la totalidad de las diligencias al Juzgado Civil del Circuito de Bogotá (reparto), para que una vez

asignado el mismo, el juzgado de conocimiento adelante el proceso con la mayor diligencia para definir la situación de la menor. Además, de conformidad con lo previsto en el artículo 277-1 del Código del Menor, el Defensor de Familia deberá intervenir en el mencionado proceso.

- De igual forma, la Corte tampoco puede pasar inadvertida otra circunstancia relacionada con la pequeña Melissa Marie Bustamante Argote. En efecto, es indudable que la permanencia de la menor en Colombia durante un tiempo considerable tiende a estabilizar su situación. Sin embargo, esa situación es tan solo una estabilidad precaria, porque aún no se ha definido el proceso de restitución internacional. Precisamente por ello, y atendiendo el principio del interés superior del menor, la Corte llama la atención para que si el juez de conocimiento concluye que debe ordenarse la restitución internacional, la menor sea sometida previamente a una intervención psicosocial coordinada y dirigida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, “de forma tal que la restitución sea precedida de una adecuada preparación que permita reducir el impacto de una abrupta alteración del medio en el cual actualmente se desarrolla el [la] menor”, como claramente lo dejó expuesto la Corte en la Sentencia T-412 de 2000. En estas condiciones, la Corte advierte que el principio de “interés superior del menor” no puede servir como herramienta para vulnerar el ordenamiento jurídico ni ha de ser utilizada como instrumento para cohonestar actitudes reprochables en el ejercicio de los deberes y obligaciones que el Derecho impone.

- Finalmente, la Sala considera que la falta de regulación específica sobre una materia donde convergen tan altos intereses del menor y de la institución familiar en general, exige que esa circunstancia sea puesta en conocimiento no sólo del Congreso de la República sino también del Consejo Superior de la Judicatura para que, si lo estiman pertinente, intervengan según sus atribuciones constitucionales y legales. Para tal efecto dispondrá que se envíe copia de esta sentencia a los presidentes de cada Corporación.

Procedencia de la tutela

17.- Como fue indicado al momento de plantear los problemas jurídicos objeto de estudio (ver fundamento No. 3), la determinación de aplazar el análisis sobre la procedencia o no de la tutela obedece a cuestiones de carácter metodológico, pues ningún sentido tendría abordar ese tema sin tener previamente claridad sobre la naturaleza de la decisión adoptada por el

ICBF, que según fue explicado resulta nula por violación de los derechos al debido proceso y al juez natural. Entra pues la Corte a resolver la cuestión.

18.- Según el artículo 86 de la Carta, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de esta Corporación sobre el particular, la acción de tutela no procede cuando existen otros mecanismos judiciales de defensa, a menos que sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²⁵, lo cual se justifica atendiendo su naturaleza subsidiaria²⁶. Sin embargo, como también lo prevé el artículo 6-1 del Decreto 2591 de 1991, los medios judiciales deben ser analizados atendiendo las particularidades de cada caso, al igual que la aptitud para garantizar una verdadera y efectiva protección a los derechos subjetivos²⁷. La Corte considera que no son necesarias mayores disertaciones toda vez que la extensa jurisprudencia ha sido clara en cuanto tiene que ver con la procedencia de la tutela. Por tal motivo, es necesario examinar en concreto la situación del peticionario.

En criterio del juez de segunda instancia dentro del trámite de la tutela, (Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá), el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, pues la resolución del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es susceptible de demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. Efectivamente, la Corte constata que el artículo 56 del Código del Menor (Decreto-Ley 2737/89) parece coincidir con esa apreciación, al señalar lo siguiente:

“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 resuelven acerca de la aplicación de las medidas de protección preceptuadas en el artículo 57 y las demás que definan, en forma permanente o provisional, la situación de un menor, estarán sujetas al control jurisdiccional de los Jueces de Familia, conforme a lo establecido en el artículo 64 de este Código.”

Lo anterior sugeriría que la tutela resulta improcedente, ya que la decisión del ICBF constituye un acto controvertible ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, también podría argumentarse que la norma aplicable es el segundo inciso del mismo artículo, porque la resolución del ICBF define asuntos sobre la situación de la menor y, por lo mismo, su control sería de conocimiento del juez de familia.

Empero, valorada con detenimiento la situación, la Corte considera que esos mecanismos judiciales resultan completamente ineficaces por dos razones: de un lado, porque la atribución de competencias a los jueces de familia o a la jurisdicción de lo contencioso administrativo estaría fundada en una decisión del ICBF que en sí misma es nula por incompetencia del servidor público que la expidió y, además, porque luego de un prolongado proceso, la decisión terminaría sin resolver el conflicto, haciendo aún más tortuosa la situación del accionante. En este orden de ideas, la Corte concluye que, para el caso que ocupa la atención de la Sala, la acción de tutela es procedente para cuestionar la decisión del ICBF, aún cuando no lo es para decidir sobre la controversia de restitución internacional.

Observaciones finales

19.- Por último, en cuanto tienen que ver con la emisión de un programa televisado que relató la historia relacionada con el proceso de restitución internacional de la menor (Canal Telemundo, enero de 2001), y sobre la publicación de una foto de Melissa Marie Bustamante en una página de internet, donde se le reporta como desaparecida (www.missingkids.org), la Sala no considera necesario hacer pronunciamientos toda vez que dichos asuntos no son objeto de esta tutela y que, de hacerlo, podrían vulnerarse los derechos de terceros no intervinientes. Sin embargo, teniendo en cuenta la actualidad de la publicación en internet, sí estima necesario informar de ésta situación a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que, dentro del ámbito de su competencia, adopte las medidas a que hubiere lugar.

En estos términos, las decisiones de instancia habrán de ser revocadas para en su lugar conceder la tutela por violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al juez natural.

III. DECISION

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

RESUELVE

Primero. INAPLICAR la Resolución No. 1399 de 1998 expedida por el Instituto Colombiano de

Bienestar Familiar, en cuanto atribuye competencias a los defensores y jueces de familia para adelantar los procesos de restitución internacional de menores, por ser incompatible con los artículos 121, 122 y 150-23 de la Constitución Política.

Segundo. REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, dentro de la acción de tutela de la referencia.

En su lugar, CONCEDER la tutela por violación de los derechos fundamentales al juez natural y al debido proceso del señor Carlos Enrique Bustamante.

Tercero. Por falta de competencia funcional, con la consecuente violación de los derechos fundamentales al juez natural y al debido proceso, DECLARAR LA NULIDAD del proceso de restitución internacional de Melissa Marie Bustamante Argote, seguido ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Cuarto. ORDENAR a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que remita el expediente del proceso de restitución internacional de Melissa Marie Bustamante Argote, al Juzgado Civil del Circuito de Bogotá (reparto), para que una vez asignado, el juzgado de conocimiento promueva el mismo con la mayor diligencia para definir la situación de la menor.

Además, de conformidad con lo previsto en el artículo 277-1 del Código del Menor, el Defensor de Familia deberá intervenir en el mencionado proceso.

Quinto. INFORMAR a la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, sobre el reporte como desaparecida y la publicación de una foto de Melissa Marie Bustamante Argote en la página de internet “www.missingkids.org”, para que dentro del ámbito de su competencia, adopte las medidas a que hubiere lugar.

Sexto. De conformidad con lo expuesto en el fundamento jurídico No. 16 de esta sentencia, ENVIAR copia de esta decisión al presidente del Senado de la República, al presidente de la Cámara de Representantes y al presidente del Consejo Superior de la Judicatura.

Séptimo. LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese a las partes, notifíquese a la madre de la menor (Cecil Jacqueline

Argote), comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-402 de 1995 MP. Carlos Gaviria Díaz.

2 Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento jurídico No.6

3 Varios artículos del Convenio hacen referencia a ello. El artículo 11, por ejemplo, establece:

“Las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado Contractante (sic) deberán proceder con urgencia para el regreso del niño.

Las autoridades administrativas o judiciales de todo Estado Contractante deberán proceder con carácter de urgencia para el regreso del niño.

Cuando la autoridad judicial o administrativa enterada no hubiere tomado una decisión en un plazo de seis semanas a partir del inicio de los procedimientos el solicitante o la Autoridad central del Estado requerido podrá, por iniciativa propia o a solicitud de la Autoridad central del Estado requirente, pedir una declaración sobre los motivos de esa demora. Si la

respuesta fuere recibida por la Autoridad central del Estado requerido, esta Autoridad deberá transmitirla a la Autoridad central del Estado requirente o al solicitante, según sea el caso.” (Resaltado fuera de texto). Igualmente, los artículos 12, 13, 14, 16, 17, 26, 29 y 30, hacen referencia a las autoridades judiciales o administrativas encargadas de adelantar el proceso de restitución internacional.

4 Consejo de Estado, Sección primera, radicación No. 6428 CP. Juan Alberto Polo Figueroa. Demandante: Cecil Jacqueline Argote.

5 Sentencia del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Tomo IV, fl.362. Citada en la Resolución No.923 de 2000, Tomo III, fl.748.

6 Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, fundamento jurídico No.9, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

7 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 1999 MP. Alejandro Martínez Caballero y Alvaro Tafur Gálvis.

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-265 de 1994 MP. Alejandro Martínez Caballero.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias Su-1184 de 2001 MP. Eduardo Montealegre Lynett y C-728 de 2000 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

10 MP. Alvaro Tafur Gálvis. En aquella oportunidad la Corte conoció de una demanda contra el artículo 1º (parcial) de la Ley 362 de 1997, que modificó el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, y reconoció que el legislador podía asignar a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de algunos asuntos relacionados con entidades públicas, específicamente las diferencias surgidas con entidades privadas sobre el régimen de seguridad social integral. En sentido similar puede verse la Sentencia C-661 de 1996 MP. Fabio Morón Díaz.

11 Ver la Sentencia C-208/93, M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

12 Ver, entre muchas otras, las sentencias C-710 de 2001, C-1191 de 2000, C-543 de 1998, C-473 de 1997, C-398 de 1995 y C-471 de 1992.

13 La Sentencia C-447 de 1996 MP. Carlos Gaviria Díaz, declaró la exequibilidad de los

artículos 3, 22 y 25 inciso primero, del Decreto-Ley 1647 de 1991. Dichas normas autorizaban la existencia de una planta global de la Dirección de Impuestos Nacionales y la posibilidad de redistribución automática de esa planta, salvo norma en contrario. En sentido similar ver la Sentencia C-429 de 2001 MP. Jaime Araujo Rentería.

14 Artículo 277.- “El Defensor de Familia es funcionario público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y le competen las siguientes funciones:

1. Intervenir en interés de la institución familiar y del menor en los asuntos judiciales, extrajudiciales, de conformidad con lo establecido en artículo 11 del Decreto 2272 de 1989 y en el presente Código.

2. Asistir al menor infractor en las diligencias ante el Juez competente y elevar las peticiones que considere conducentes a su rehabilitación.

3. Citar al presunto padre para procurar el reconocimiento voluntario de un hijo extramatrimonial.

4. Aprobar, con efecto vinculante, cuando no haya proceso judicial en curso, las conciliaciones entre cónyuges, padres y demás familiares, sobre los siguientes asuntos:

a- Fijación provisional de residencia separada;

b- Fijación de cauciones de comportamientos conyugal;

d- Custodia y cuidado de los hijos, padres o abuelos y alimentos entre ellos;

e- Regulación de visitas, crianza, educación y protección del menor;

Fracasada la conciliación o al no poderse llevar a cabo y en caso de urgencia, el Defensor de Familia podrá adoptar las medidas provisionales que sean necesarias, sin perjuicio de la competencia atribuida a los Jueces sobre las materias citadas en este numeral.

5. Conocer y decidir los asuntos relacionados con menores que requieran protección por hallarse en cualquiera de las situaciones irregulares establecidas en este Código.

6. Conceder permiso a menores para salir del país, de acuerdo con lo establecido para el

efecto por el presente Código.

7. Presentar las denuncias penales ante las autoridades competentes por la comisión de delitos donde aparezca como ofendido un menor.

8. Autorizar la adopción del menor en los casos señalados por la ley.

9. Solicitar la inscripción o corrección del nacimiento en el registro del estado civil, de los menores de dieciocho (18) años en situación irregular.

10. Solicitar la práctica de los exámenes antropoheredobiológicos para preconstituir la prueba en los procesos de filiación.

11. Solicitar a las entidades oficiales y privadas las certificaciones, informes, dictámenes y demás pruebas necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

12. Otorgar autorización para la venta de inmuebles de menores en los casos señalados por la ley 9ª de 1989 de Reforma Urbana, siempre que no se vulnere los derechos del menor.

13. Conocer privativamente de las infracciones a la ley penal en que incurran los menores de doce (12) años y de las contravenciones cometidas por menores de dieciocho (18) años.

14. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.

15. Emitir los conceptos en las actuaciones judiciales o administrativas ordenados por la ley.

16. Solicitar a los Jueces y funcionarios administrativos la práctica de pruebas que sean necesarias en el cumplimiento de sus funciones.

17. Las demás que expresamente le señale este Código, la ley o la Dirección General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.” (Subrayado fuera de texto)

15 Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 81 del 13 de junio de 1991 MP. Jaime Sanin Greiffenstein.

16 “Artículo 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados

en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (...)”

17 Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

18 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1996 MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Ver también, entre muchas otras, las sentencias T-614 de 1992, T-302 de 1994, T-450 de 1994, T-355 de 1995, T-067 de 1998 y T-1290 de 2000.

19 Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001, fundamento jurídico No. 9, MP. Eduardo Montealegre Lynett

20 En todo caso conviene precisar que la “jurisdicción” es una sola, pero susceptible de divisiones por razones políticas y funcionales. Así, la Corte, en sentencia C-322 de 2000, hizo la siguiente aclaración:

“La jurisdicción en general consiste en la potestad que tiene el Estado para administrar justicia en ejercicio de la soberanía de que es titular, mediante el conocimiento y decisión de las diferentes causas (civiles, criminales, administrativas, etc.) y, en tal virtud, es única e indivisible. Es por ello que todos los jueces ejercen jurisdicción en nombre del Estado, pero circunscrita al ámbito propio de la competencia que le asigna la ley.”

“Razones de naturaleza política, y la necesidad de asegurar la mayor eficacia de la administración de justicia por el Estado mediante la distribución del trabajo, justifican la existencia de jurisdicciones especiales autorizadas por la Constitución, que forman parte de la rama judicial; pero la diversidad de jurisdicciones especiales no implica rompimiento de la unidad ontológica de la jurisdicción del Estado.”

“Conforme a lo anterior, la Constitución sólo admite la existencia de la jurisdicción ordinaria y de jurisdicciones especiales como la contencioso administrativa, la constitucional, la disciplinaria, la de paz, y la de las comunidades indígenas, como se deduce del Título VIII de la Constitución.”

21 Decreto 2272 de 1989:

“Art. 5o._ Competencia. Los jueces de familia conocen de conformidad con el procedimiento

señalado en la ley, de los siguientes asuntos:

En única instancia.

- a. De la protección del nombre;
- b. Modificado por la Ley 25 de 1992, Art. 7o., Así: B) Del Divorcio, cesación de efectos civiles y separación de cuerpos, de mutuo acuerdo.
- c. De la suspensión y restablecimiento de la vida en común de los cónyuges.
- d. De la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores;
- e. De la aprobación del desconocimiento de hijo de mujer casada, en los casos previstos en la ley;
- f. De la designación de curado ad hoc para la cancelación del patrimonio de familia inembargable.
- g. De la citación judicial para el reconocimiento de hijo extramatrimonial, prevista en la ley;
- h. De los permisos a menores de edad para salir del país, cuando haya desacuerdo al respecto entre sus representantes legales o entre éstos y quienes detenten la custodia y cuidado personal;
- i. De los procesos de alimentos, de la ejecución de los mismos y de su oferta;
- j. De los demás asuntos de familia que por disposición legal para resolver el juez con conocimiento de causa, o breve y sumariamente, o con prudente juicio o manera de árbitro.

En primera instancia.

1o. Modificado por el Art. 7o. de la ley 25 de 1992, así: El numeral primero del artículo 5o. del Decreto 2272 de 1989, quedará así: “De la nulidad y divorcio de matrimonio civil y de la cesación de efectos civiles de matrimonio religioso”.

2o. De la investigación e impugnación de la paternidad y maternidad legítima o extramatrimoniales, de la investigación de la paternidad y maternidad extramatrimoniales

que regula la Ley 75 de 1968, y de los demás asuntos referentes al estado civil de las personas.

30. De la separación de cuerpos del matrimonio civil o canónico, cuando haya contención.

40. De la separación de bienes y de la liquidación de sociedades conyugales por causa distinta de la muerte de los cónyuges, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.

50. De la pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad y de la administración de los bienes de los hijos.

60. De la designación y remoción de guardador.

70. De la aprobación de las cuentas rendidas por el guardador.

80. De la interdicción del disipador, demente o sordomudo, y de su rehabilitación.

90. De la rendición de cuentas sobre la administración de los bienes del pupilo.

10. De las diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado y de la reducción a escrito de testamento verbal.

11. De los procesos de sucesión de mayor cuantía, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios por la ley.

12. De los procesos contenciosos sobre el régimen económico del matrimonio y derechos sucesorales.

13. De la licencia para enajenar o gravar bienes, en los casos exigidos por la ley.

14. De la declaración de ausencia.

15. De la declaración de muerte por desaparecimiento.

16. De la adopción.

17. De la insinuación de donaciones entre vivos en cantidad superior a cincuenta (50) veces

el salario mínimo mensual, sin perjuicio de la competencia atribuida por la ley a los notarios.

Las donaciones cuya cuantía sea igual o inferior a la indicada, no requieren insinuación.

18. De la corrección, sustitución o adición de partidas del estado civil, cuando se requiera intervención judicial.

En segunda instancia

De los recursos de apelación que se interpongan en los procesos atribuidos por el artículo 7o. en primera instancia a los Jueces Municipales, y de los de queja.

Parágrafo 2o._ Los Jueces Promiscuos de Familia conocerán de los asuntos contemplados en el presente artículo y, además, en única instancia de las infracciones a la ley penal en que incurran los menores comprendidos entre los doce (12) y los dieciséis (16) años.”

Ley 446 de 1998:

“Artículo 26. Competencia especial de los jueces de familia. Para los efectos del numeral 12 del parágrafo 1º del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, se entiende que la competencia de los jueces de familia señalada en ese precepto solamente comprende:

a) Los tipos de procesos declarativos sobre derechos sucesorales, cuando versen exclusivamente sobre los siguientes aspectos: (Subrayado fuera de texto)

1. Nulidad y validez del testamento.

2. Reforma del testamento.

3. Desheredamiento.

4. Indignidad o incapacidad para suceder.

5. Petición de herencia.

6. Reivindicación por el heredero sobre cosas hereditarias.

7. Controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato o por

incapacidad de los asignatarios.

b) Los tipos de procesos declarativos sobre el régimen económico del matrimonio, cuando versen exclusivamente sobre los siguientes aspectos:

1. Rescisión de la partición por lesión y nulidad de la misma.
2. Acciones relativas que resulten de la caducidad, inexistencia o nulidad de las capitulaciones matrimoniales.
3. Revocación de la donación por causa del matrimonio.
4. El litigio sobre la propiedad de bienes, cuando se discuta si éstos son propios de uno de los cónyuges o si pertenecen a la sociedad conyugal.
5. Controversia sobre la subrogación de bienes o las compensaciones respecto de los cónyuges y a cargo de la sociedad conyugal o a favor de ésta o a cargo de aquellos en caso de disolución y liquidación de la sociedad conyugal.

Parágrafo 2º. Respecto de los mencionados procesos, también se dará aplicación, si fuere el caso al numeral 15 del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil.

Parágrafo 3º. En asuntos de familia, al obligado a suministrar alimentos se le considerarán sus otras obligaciones alimentarias legales y sus ingresos reales para la tasación.”

Cfr. también el artículo 7 de la ley 54 de 1990 y el artículo 4 de la ley 294 de 1996.

22 Cfr., Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve. Derecho Civil Tomo V -Derecho de familia-. Editorial Temis, Séptima edición, Bogotá, 1995, pág.90.

23 Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Sentencia T-412 de 2000, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

24 Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 1998 MP. Jorge Arango Mejía

25 Ver entre muchas otras, las Sentencias T-482 de 2001, T-418/00, T-156/00, T-716/99, SU-086/99, T-554/98 y T- 287/95.

26 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias SU-1052/00, T-815/2000, T-057 de 1999, T-414 de 1998, T-235 de 1998, T-331 de 1997, T-273 de 1997 y T-026 de 1997.

27 Sobre el particular pueden consultarse, por ejemplo, las sentencias T-482 de 2001, T-127 de 2001, T-672 de 1998, T-338 de 1998, T-228 de 1995 y T-100 de 1994.