

Sentencia T-452/12

ACCION DE TUTELA COMO MECANISMO SUBSIDIARIO ANTE LA INMINENCIA DE UN PERJUICIO IRREMEDIABLE CONTRA MENORES DE EDAD-Autorización salida del país

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA ANTE EXISTENCIA DE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Reiteración de jurisprudencia

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Evaluación de la inminencia

INMINENCIA DEL PERJUICIO IRREMEDIABLE-Urgencia e impostergabilidad de medidas de protección

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Protección

PROTECCION DE LOS DERECHOS E INTERESES DEL MENOR-Criterios que deben regir de acuerdo a las disposiciones nacionales e internacionales

INTERES SUPERIOR DEL MENOR-Criterios jurídicos para determinarlo

ACCION DE TUTELA DE PADRE DE MENORES DE EDAD-Improcedencia por existir proceso pendiente de privación de la patria potestad contra la madre por desacuerdo sobre salida del país

Referencia: expediente T-3.403.592

Acción de tutela interpuesta por Juan Esteban Sierra Ochoa, en representación de sus menores hijas Camila y Valentina Sierra Mateus, contra la Unidad Administrativa Especial de Migración y Claudia Marcela Mateus Chaverra

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil doce (2012)

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo proferido por el Juzgado Octavo de Familia de Medellín, que resolvió la acción de tutela interpuesta por Juan Esteban Sierra Ochoa, en representación de sus menores hijas Camila y Valentina Sierra Mateus, contra la Unidad Administrativa Especial de Migración y Claudia Marcela Mateus Chaverra

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes y acción de tutela interpuesta

1.1. Los ciudadanos Juan Esteban Sierra Ochoa y Claudia Marcela Mateus Chaverra son padres de las menores Camila y Valentina Sierra Mateus, hermanas gemelas nacidas el 29 de mayo de 2002. Mediante diligencia de conciliación celebrada el 25 de mayo de 2004 ante la Defensoría de Familia del Centro Zonal Bucaramanga del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, se acordó entre los mencionados ciudadanos que la custodia y cuidado de las menores estaría a cargo del ciudadano Sierra Ochoa, al igual que el pago de la totalidad de sus alimentos. Del mismo modo, se indicó que la ciudadana Mateus Chaverra podría "... visitar a sus menores hijas de acuerdo a su tiempo disponible y previo acuerdo con el padre."1

Igualmente, a través de escritura pública número 3.922 protocolizada ante la Notaría Primera de Medellín el 5 de julio de 2005, la ciudadana Mateus Chaverra formuló “autorización para salida del país” a sus hijas menores. En dicho instrumento público, la declarante indicó que “... confiero autorización plena a mis hijas menores de edad (...) para salir del país, hasta que cumplan la mayoría de edad.”² De igual modo, la declarante manifestó que confería autorización plena al ciudadano Sierra Ochoa para que adelantara los trámites migratorios necesarios. Agregó que (i) “la autorización para que mis hijas menores viajen al exterior es plena sin ninguna clase de limitaciones, y sin ninguna clase de restricciones.”; y (ii) que la autorización se tramitaba de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9º del Decreto 2150 de 1995.

El 21 de diciembre de 2011, la ciudadana Mateus Chaverra se presentó ante el ICBF, Regional Centro Sur Oriental de Medellín, con el fin de formular “denuncia” contra el actor, basada en que las menores estaban en situación de riesgo. El argumento central planteado por la madre de las niñas ante el ICBF fue que el padre, a pesar que se había comprometido a permitirles a las menores pasar vacaciones periódicas en Colombia no había cumplido con ello, por lo que la relación se había circunscrito, por varios años, a comunicación telefónica y escrita a través de medios electrónicos. Según la declaración rendida por la demandada ante el Instituto, “[l]a pareja se separó y las niñas quedaron con la madre. En el año 2004 conciliaron con el ICBF de Bucaramanga la custodia de las niñas para el padre, él las tuvo unos meses y se las regresó a la madre. En el año 2005 él regreso por ellas y le solicitó que les permitieran viajar a EEUU a conocer parte de la familia de él y que permanecerían allí tres meses. Ella firmó el permiso de salida del país y él se quedó desde entonces en ese país con las niñas; sin lograr durante todos estos años que él las mandara de vacaciones, pero le permitía comunicación telefónica y por correo electrónico con las niñas, pero desde el día que viajó a Colombia (martes 13 de diciembre), cortó la comunicación del todo con ella. || Las niñas están con el padre en la casa de la familia paterna, pero ella ha ido con insistencia a tratar de establecer contacto con sus hijas, pero le están impidiendo y desconoce en qué condiciones físicas psicológicas y emocionales se encuentran sus hijas. || Ella teme que saquen de nuevo a las niñas del país, porque tiene conocimiento de que las niñas no están en EEUU como el padre le decía, sino que están expuestas y sus condiciones no son óptimas.”³

1.3. El acta del caso puesto a consideración del ICBF contiene tanto valoraciones psicológicas

de las menores, así como un “concepto sociofamiliar”. En cuanto a lo primero y en lo referido a la menor Valentina Sierra Mateus, indica que la niña presenta “... un desarrollo psicomotriz acorde a su edad cronológica, posee lenguaje claro y fluido, tiene habilidades sociales lo cual le permite interactuar con pares y adultos, asume la norma y respeta figuras de autoridad, no presenta dificultades significativas de comportamiento, se muestra estable emocionalmente, tranquila y ansiosa por salir del país para poder dar continuidad a sus estudios escolares, se evidencia segura de sí y un estrecho vínculo entre su hermana y el padre, cursa actualmente 4 grado de primaria en Estados Unidos con un excelente rendimiento escolar. Reside en Estados Unidos desde los dos años de edad con su padre quien tiene la custodia y cuidados personales otorgados por la madre. || La niña verbaliza su temor para estar con la madre biológica, pues manifiesta que no la conoce ni ha tenido relación con ella.”⁴

En relación con las condiciones de la menor Camila Sierra Mateus, el ICBF sostiene idénticas consideraciones que las planteadas respecto de Valentina, resaltando que la niña indica análogo temor ante su progenitora, en tanto es una persona que desconoce, quien “... ni las llama, ni las visita.”

Respecto del concepto sociofamiliar y de valoración integral de la situación de las menores, el Instituto arribó a las conclusiones siguientes, plasmadas en concepto del 13 de enero de 2012:

“Familia de tipología monoparental paterna, durante 7 años es quien se ha encargado de la crianza y cuidado de las niñas, es la figura protectora y único proveedor económico, garantiza los derechos fundamentales de sus hijas quienes dan cuenta de tener una excelente calidad de vida. Tienen relaciones cercanas con la familia paterna conformada por dos tíos, también residentes en los Estados Unidos y la abuela, quien reside en Colombia pero frecuentemente pasa temporadas con las niñas en el citado país, el abuelo paterno está fallecido.

La madre es una figura totalmente ausente, las niñas no la conocen, no tiene contacto con ella, eventualmente les ha enviado mensajes por la red social de Facebook. No conocen la familia extensa materna.

En el medio familiar no se identifican derechos vulnerados, el padre es garante de derechos y

brinda condiciones óptimas para el sano desarrollo de sus hijas. Se percibe una comunicación asertiva, confianza con el padre por parte de ambas niñas, lo que da cuenta de una relación parental funcional, de igual forma en el sistema fraterno se evidencia una relación cercana con fuerte vinculación afectiva. El padre implementa adecuadas pautas de crianza a las que las niñas se acogen sin ninguna dificultad.

Es de anotar que la madre no ha desempeñado funciones parentales con las niñas y no cumple con la obligación económica que le corresponde.

El señor Juan Esteban contrajo matrimonio en el mes de diciembre de 2011 con la señora Martha Lucía Leyton, quien a corto plazo se establecerá como parte de este grupo familiar en los Estados Unidos.

(...)

Valentina y Camila cuentan con la garantía de sus derechos fundamentales por acción del padre, quién es el encargado de su crianza, manutención y cuidados, la madre ha permanecido ausente en la vida de las niñas desde que tenían 2 años de edad frente a lo que las niñas manifiestan temor a estar con la madre por considerarla una persona desconocida para ellas, con la que no han tenido ningún contacto físico o por medios de comunicación durante 7 años.

Las niñas no tiene vinculación familiar ni social en Colombia, su lugar de residencia es en Estados Unidos, donde han pasado la mayor parte de su vida y donde tienen establecidas sus redes familiares y sociales, por lo tanto es necesario tramitar por vía judicial el permiso de salida del país de estas menores de edad.”⁵

1.4. La ciudadana Mateus Chaverra no ha prestado el consentimiento actual para que sus hijas salgan del país junto con su padre. Esto a pesar que el actor ha intentado llegar a una conciliación ante el ICBF para acordar esta autorización. El demandante indica, del mismo modo, que la institución educativa a la que asisten sus hijas le ha informado que de no regresar oportunamente a clases podrían perder sus cupos. Igualmente indica que la madre de las menores ha expresado que no se presentará a ninguna audiencia, no autorizará la salida del país de las niñas y que en relación con la continuidad del servicio educativo, este puede ser prestado en Colombia a través de un colegio público o privado, en este último caso

a cargo de los recursos del actor.

Por último, el accionante agrega que al momento de presentación del amparo había impetrado demanda contra la ciudadana Mateus Chaverra, con el fin de obtener la privación de la patria potestad.

1.5. A partir de la problemática expuesta, el ciudadano Sierra Ochoa formuló acción de tutela contra la Unidad Administrativa Especial de Migración y la progenitora de las menores, con el fin de obtener que se autorice su salida del país. Expone que la imposibilidad de reintegrarse a sus lazos familiares, educativos y sociales en Miami, vulnera sus derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separada de ella, al cuidado y al amor, el derecho a la educación y la prevalencia de los derechos de niños y niñas.

Con todo, debe resaltarse que ni en la acción de tutela ni en los documentos anexados por el actor, existe evidencia de las razones de la negativa de la Unidad Administrativa Especial de Migración a permitir la salida de la menores del país. Sin embargo, como se demostrará a continuación, dichos argumentos son explicitados en la respuesta de esta entidad al traslado surtido por el juez de tutela.

2. Respuesta de la entidad y ciudadana accionadas

2.1. A través de comunicación radicada ante el juez de tutela el 3 de febrero de 2012, el funcionario responsable de la Regional Antioquia - Chocó de la Unidad Administrativa Especial de Migración, se opuso a las pretensiones del actor. Luego de hacer referencia a las normas legales que regulan la autorización para la salida del país de menores de edad, manifiesta que la problemática expuesta no es un asunto que esté vinculado a decisiones de la Unidad Administrativa, pues se trata de conflictos sobre la custodia y patria potestad de las menores, materias que solo pueden ser resueltas por las autoridades judiciales competentes.

Indica que, en relación concreta con la autorización permanente prestada por la ciudadana Mateus Chaverra mediante instrumento notarial, que esa actuación está amparada en lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 2150/95. No obstante, al tenor literal de dicha disposición, esa autorización general está supeditada a que la escritura tenga “constancia sobre su vigencia”, la cual debe ser exigida al momento de la salida de las menores del país.

Sobre el particular manifestó la Unidad que "... esta autorización como lo señala la norma, le permite a los padres como titulares legales de la patria potestad, regular o delegar entre ellos efectos derivados de ella, sin embargo está supeditada a la constancia de vigencia, por cuanto se trata de una manifestación de voluntad, lo que implica que quien otorga puede cambiar de parecer en cualquier momento y este documento puede ser objeto de modificaciones o simplemente ser revocado; esta vigencia la certifica el mismo notario del lugar donde se protocolizó dicha escritura, situación en la cual no tiene injerencia la Unidad Especial de Migración Colombia, quien simplemente y acatando la norma descrita, exige la constancia de vigencia en el permiso de salida del país que fue elevado a escritura pública, quiere decir entonces que la escritura pública en la que la madre de las niñas (...) autoriza la salida del país de sus hijas (...) hasta cuando cumplan la mayoría de edad, requiere necesariamente y por disposición legal de la constancia de vigencia de la misma, de lo contrario no es admisible para el trámite de salida del país de las menores mencionadas."

Por último, manifiesta que la acción de tutela es improcedente en el caso analizado, pues el problema jurídico gravita alrededor de un desacuerdo entre los padres de las menores, respecto de la autorización para la salida de las niñas del país. Este asunto debe ser resuelto mediante el proceso civil verbal sumario, ante los jueces de familia, en los términos del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

2.2. A través de apoderado judicial, la ciudadana Sierra Chaverra se opuso a las pretensiones del actor. Para ello, expuso los siguientes argumentos:

2.2.1. Señala que la razón por la cual solicitó al ICBF una "orden de restricción de salida del país", se fundamentó en el hecho que el padre de las menores le había impedido sistemáticamente visitarlas. Esto debido a que no le había sido posible viajar a su residencia en Estados Unidos y, a pesar que vino con ellas de vacaciones de fin de año de 2011, le ocultó ese hecho. Así, salvo el contacto mantenido a través de Internet y videoconferencia, no ha podido interactuar personalmente con sus hijas por más de cinco años.

2.2.2. Se opone a las conclusiones de las valoraciones efectuadas por el ICBF, que dan cuenta del temor de sus hijas a tener contacto con ella y el presunto abandono a las que las ha sometido. Esto debido a que (i) la demandada no le fue notificada esa diligencia administrativa, por lo que no pudo estar presente ni controvertirla; y (ii) las conclusiones del

concepto contradicen el hecho que la accionada ha mantenido contacto, al menos de tipo virtual, con sus hijas mientras han residido en la ciudad de Miami. Por ende, no es posible concluir que haya abandonado a las menores; antes bien, es evidente que el rompimiento actual de ese contacto ha tenido lugar como consecuencia del “ocultamiento” que el padre ha hecho de las niñas, a partir del día 13 de diciembre de 2011, cuando regresaron a Colombia para gozar de vacaciones. Esto a su vez motivó “temores fundados” para la demandada, acerca de la posibilidad de volver a ver a sus hijas, lo que la llevó a solicitar al ICBF la restricción de salida del país. Del mismo modo, esta especial preocupación en encontrarse con sus hijas desvirtúa que las haya desatendido por completo, como erróneamente lo sostiene el accionante.

2.2.3. Agrega que le fue informado telefónicamente el 3 de febrero de 2012 que el padre de las menores la citaba a diligencia de conciliación ante el ICBF, la cual tuvo lugar sin obtener acuerdo alguno sobre la materia. De esta manera, se opone a la procedencia de la acción impetrada, con el argumento de la existencia de otros mecanismos de defensa para resolver el conflicto planteado, como es el uso de instrumentos judiciales y administrativos, los cuales resalta que el actor ya ha utilizado, solo que sin lograr la prosperidad de su pretensión.

Sobre este particular expresa que el ciudadano Sierra Ochoa ha intentado lograr la autorización de salida del país de las menores, a través de acción judicial presentada ante el Juzgado 7 de Familia de Medellín, la cual fue “rechazada”. Con todo, no informa los motivos que llevaron a esa presunta decisión.

La accionada adjuntó a su respuesta a la demanda de amparo constitucional copia de denuncia penal instaurada contra el actor por el presunto delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, así como copia de la constancia del 3 de febrero de 2012, acerca de la conciliación fallida, que fuese intentada ante la Defensoría de Familia de la Regional Antioquia – Centro Zonal Noroccidental de Medellín

3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Octavo de Familia de Medellín, mediante sentencia del 10 de febrero de 2012, negó por improcedente la acción de tutela de la referencia. Para ello, señaló que en el presente caso no se cumplía con el requisito de subsidiariedad del amparo, puesto que concurre un mecanismo judicial idóneo para resolver el problema jurídico planteado, como es

el procedimiento verbal sumario ante la jurisdicción de familia. En efecto, según lo regula el artículo 435-5 del Código de Procedimiento Civil, deben adelantarse bajo ese trámite las controversias que se susciten entre los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, así como lo referido a la salida de los hijos menores al exterior.

Del mismo modo, tampoco se habían presentado argumentos dirigidos a acreditar la inminencia de un perjuicio irremediable, que permitieran hacer uso de la acción de tutela como mecanismo subsidiario.

4. Trámite adelante ante la Corte Constitucional

4.1. El fallo contenido en el expediente de la referencia fue escogido para revisión por parte de la Sala Tercera de Selección, conforme lo decidido en providencia del 22 de marzo de 2012, la cual dispuso repartir el asunto a esta Sala.

El magistrado sustanciador, ante la necesidad de contar con mayores elementos de juicio para adoptar la decisión correspondiente, decretó mediante auto del 10 de mayo del presente año, prueba consistente en oficiar a la Oficina Judicial de Medellín de la Dirección Seccional de la Rama Judicial de Antioquia - Chocó, con el fin que informara a la Corte (i) si en alguno de los Juzgados de Familia del municipio de Medellín cursa algún proceso impetrado por los ciudadanos Sierra Ochoa o Mateus Chaverra, relacionado con la privación o suspensión de patria potestad, restablecimiento de derechos, régimen de custodia y visitas, o cualquier otro proceso análogo. Esto en relación con las menores Camila y Valentina Sierra Mateus; y (ii) en caso que se advirtiese que se ha tramitado alguno de estos procesos, el juez de familia correspondiente debía enviar a la Corte copia íntegra del o los expedientes respectivos.

4.2. Mediante escrito del 23 de mayo de 2012, la Oficina Judicial de Medellín informó a la Corte que a esa fecha cursaban ante distintos juzgados de familia de esa ciudad, tres procesos diferentes, impetrados por el ciudadano Sierra Ochoa contra la ciudadana Mateus Chaverra. Del mismo modo, verificado el sistema de información de la Rama Judicial, que da cuenta del estado de cada uno de estos procesos, y a partir de los datos de identificación referidos por la mencionada Oficina, el magistrado sustanciador estableció la siguiente información:

4.2.1. Proceso de radicación 05001311000720120001700, tramitado ante el Juzgado Séptimo de Familia de Medellín. Corresponde a un proceso verbal sumario de permiso para salir del país, promovido por Juan Esteban Sierra Mateus contra Claudia Marcela Mateus Chaverra. La demanda fue presentada el 16 de enero de 2012 y rechazada mediante providencia del 17 de enero del mismo año.

4.2.2. Proceso de radicación 05001311000720120005800, tramitado ante el Juzgado Séptimo de Familia de Medellín. Corresponde a un proceso verbal sumario de permiso para salir del país, promovido por Juan Esteban Sierra Mateus contra Claudia Marcela Mateus Chaverra. La demanda fue presentada el 25 de enero de 2012. El proceso se encuentra actualmente en el trámite.

Dentro de las actuaciones más relevantes que se han surtido se encuentran (i) admisión de la demanda, mediante providencia del 9 de febrero de 2012, (ii) audiencia de conciliación, sin obtención de acuerdo, diligencia celebrada el 25 de abril de 2012; (iii) designación del psicólogo Tobías Mesa Taborda, realizada en la misma fecha de la audiencia; (iv) fijación de fecha para audiencia de práctica de interrogatorios, programada para el próximo 5 de julio de 2012.

Igualmente, acerca de este proceso el Juez Séptimo de Familia de Medellín certificó, a solicitud del magistrado sustanciador que “[e]n esta Dependencia Judicial se recibió por reparto demanda de Permiso para Salir del País el día 25 de enero de 2012, cuyo demandante es el señor Juan Esteban Sierra Ochoa (...) en contra de la señora Claudia Marcela Mateus Chaverra (...), por auto interlocutorio No. 092 del día 26 del mismo mes y año fue inadmitida, siendo subsanados los requisitos necesarios para la admisión que se dio el día 08 de febrero de la misma anualidad mediante auto interlocutorio No. 0140, y la demandada se notificó personalmente de la demanda el día 27 del mismo mes y año, contestándola dentro del término legal para ello, a través de apoderado judicial, posteriormente el día 09 de mayo, se fijó fecha para llevar a cabo Audiencia de Conciliación (...) para el día 12 de abril a las 2:00 de la tarde, asistiendo a la citada audiencia ambas partes acompañadas de sus apoderados, la procuradora y la defensora de familia adscritas a esta dependencia judicial, la asistente social y el titular del Despacho; en vista de que no hubo ánimo conciliatorio se agotaron todas las etapas de la audiencia y se decretaron las pruebas necesarias para resolver la Litis, las que consistieron en interrogatorio a las partes,

mismo que se fijó para el día 17 de mayo a la 1:30 de la tarde, y Valoración y Tratamiento Psicológico a las niñas por las cuales se litiga y a sus padres (partes en el proceso), para lo cual se nombró psicólogo de la lista de auxiliares de la justicia, el psicólogo se posesionó para ejercer el cargo y la audiencia de Interrogatorios tuvo que ser aplazada para el día 05 de Julio, posteriormente el auxiliar de la justicia (...) presentó memorial informando al Despacho que el demandante unilateralmente suspendió las terapias psicológicas para él y sus hijas (...) el día 22 de Mayo la apoderada del demandante presentó memorial renunciando al poder a ella conferido; (...) reposa memorial suscrito por el psicólogo informando que la señora Claudia Marcela Mateus Chaverra se someterá a las terapias psicológicas. El día 24 del mismo mes, el señor Juan Esteban Sierra Ochoa le da poder a otro abogado para que le continúe el proceso y el apoderado solicita se dé aplicación al artículo 342 del C.P.C. en el sentido de desistir del trámite del proceso, debido a que en otra dependencia judicial se está tramitando la demanda de Privación de la Patria Potestad. (...) El proceso se encuentra pendiente de resolver el desistimiento.”

4.2.3. Proceso de radicación 05001311000120120005900. Corresponde a proceso verbal de privación de patria potestad, entre las mismas partes y actualmente ante el conocimiento del Juzgado Primero de Familia de Medellín. La demanda fue presentada el 26 de enero de 2012 y admitida el 1º de febrero del mismo año. No se han presentado más actuaciones significativas y el asunto continúa su trámite. Sobre el particular, la Juez titular del mencionado despacho, certificó a solicitud del magistrado sustanciador, que el auto de admisión del libelo había sido proferido en la fecha indicada y estaba en proceso de notificación a la demandada.

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. De conformidad con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿son vulnerados los derechos fundamentales de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separados de ella, y a la educación, cuando (i) la autoridad migratoria niega la salida del país de unas menores de edad, con residencia en el país de destino, en razón a que la autorización general dada para el efecto no cumple con el requisito legal de constancia de vigencia; y (ii) la madre de las niñas se niega a prestar su consentimiento para la salida del país, a pesar que previamente había conferido autorización general para ese efecto, a favor del padre?

Para resolver este asunto, la Sala adoptará la metodología siguiente. En primer término y habida consideración de los fundamentos de la decisión de instancia y la información derivada de las pruebas recaudadas por el magistrado sustanciador, se asumirá, a manera de asunto preliminar, la procedencia de la acción de tutela ante la posible existencia de otro mecanismo de defensa judicial. En caso que esta etapa sea superada favorablemente, se asumirán los demás aspectos en cuestión, esto es, el contenido y alcance de los derechos de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separado de ella, al igual que el derecho a la continuidad en la prestación del servicio educativo. A partir de las reglas que se deriven de este análisis, se resolverá el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela como mecanismo subsidiario ante la inminencia de un perjuicio irremediable contra las menores de edad. Concurrencia de un medio idóneo de defensa judicial. Reiteración de jurisprudencia.

2. Según lo preceptuado en el artículo 86 C.P., la acción de tutela procede como mecanismo subsidiario de exigibilidad judicial de los derechos fundamentales, de modo que ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, deberá preferirse este, a menos que esté acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable que reste idoneidad a ese mecanismo.

El incumplimiento de este requisito de subsidiariedad fue la razón de la decisión de ambas instancias en el presente asunto, quienes unívocamente concluyeron que el asunto debía tramitarse ante la jurisdicción civil ordinaria, específicamente por el procedimiento verbal sumario, que entre sus asuntos contempla aquellos relativos a la autorización de salida del país de los menores por parte de sus padres. Por lo tanto, debe la Sala resolver, a manera de asunto preliminar, si está probada la excepción de inminencia de perjuicio irremediable, pues de no estarlo, debe la Corte declarar improcedente el amparo de la referencia de acuerdo con la regla constitucional antes mencionada.

3. En cuanto a la idoneidad del medio judicial ordinario de defensa judicial, la Corte ha planteado dos tipos de condiciones. En primer lugar, considera que la evaluación de ese mecanismo debe realizarse de cara a las particularidades de cada caso concreto, sin que resulte acertado analizarlo en abstracto. En segundo término, la idoneidad del medio judicial de protección de los derechos fundamentales deberá expresarse en la posibilidad cierta que

ese instrumento otorgue una decisión definitiva sobre la exigibilidad de las garantías constitucionales concernidas. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación prevé que “[e]n aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.⁶ Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”⁷ a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela”.⁸ || Para apreciar el medio de defensa alternativo, la jurisprudencia ha estimado conducente tomar en consideración entre otros aspectos“(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela” y, “(b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales.⁹” Tales elementos, junto con el análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten comprobar si el mecanismo judicial de protección alterno es conducente o no para la defensa de los derechos que se estiman lesionados. De ser ineficaz, la tutela será procedente. Si el mecanismo es idóneo para la protección de los derechos, se deberá acudir entonces al medio ordinario de protección, salvo que se solicite o se desprenda de la situación concreta, que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable.”¹⁰

4. Del mismo modo, la jurisprudencia constitucional ha previsto un precedente estable y consolidado en materia de la evaluación de la inminencia de un perjuicio irremediable. Así, ese precedente ha distinguido dos planos de análisis diferenciados. El primero, acerca de la cualificación específica de los hechos que dan lugar a concluir esa inminencia; y el segundo, relativo al grado variable de intensidad en la verificación de esas condiciones, en razón de las condiciones de debilidad manifiesta o protección constitucional reforzada de las personas concernidas.

En cuanto a la cualificación de los hechos que configuran la inminencia de un perjuicio irremediable, la jurisprudencia constitucional ha contemplado que ese perjuicio (i) debe ser

inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables. La caracterización de estas condiciones fue planteada por la Corte desde la sentencia T-225/93 y se ha mantenido de forma invariable en la jurisprudencia posterior. Las reglas fijadas sobre el particular son las siguientes:

4.1. El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

4.2. Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

4.4. La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo

de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha expuesto sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.

5. La jurisprudencia constitucional también ha contemplado que la evaluación de los factores mencionados no es unívoca, sino que debe consultarse la entidad y/o las condiciones particulares de los sujetos involucrados. Quiere esto decir que cuando en el caso concreto se está ante personas que, por sus circunstancias específicas, se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta; o cuando se trata de personas pertenecientes a grupos que la Constitución les reconoce especial protección constitucional, como sucede con los niños y niñas, los adultos mayores o las personas en situación de discapacidad, el escrutinio de los requisitos antes anotados debe ser atenuado en cada caso concreto. Esto bajo el raciocinio que la inminencia del perjuicio en esos eventos es, per se, más intensa y con consecuencias más lesivas en términos de garantía de derechos fundamentales, debido a que las características del sujeto concernido lo hacen más vulnerable a tales sucesos. Sobre el particular, la Corte ha indicado que "...tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto. Consecuencialmente, para determinar la procedencia del amparo, cuando se trata de sujetos de especial protección, el juez deberá analizar cada uno de estos aspectos. || De cualquier manera, los criterios que definen si un perjuicio es irremediable o no, tienen que guardar estrecha relación con los aspectos sustanciales por los cuales se les concede genéricamente esa especial protección. En otras palabras, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial."11

6. Además de las reglas anteriores, la Sala también advierte que la evaluación sobre la

procedencia de la acción de tutela en el caso analizado debe analizarse a partir de la vigencia del interés superior del menor. El argumento que guía este razonamiento consiste en considerar que la definición del instrumento judicial idóneo debe basarse en aquel que proteja, en mayor y mejor medida, los derechos de los menores de edad, razón por la cual deben evaluarse diversos factores, que van más allá, aunque incluyen, la naturaleza expedita del mecanismo escogido.

La Corte ha definido cuáles son los factores a tener en cuenta para la protección del interés superior de los niños y las niñas, mandato constitucional imperativo previsto en el artículo 44 C.P. Así, a partir del análisis de las normas superiores y del derecho internacional de los derechos humanos que resultan pertinentes para el caso, la sentencia T-808/06 determinó que "... el objetivo de todas las actuaciones oficiales o privadas que conciernen a los niños debe ser la prevalencia de los derechos e intereses de los menores¹², como sujetos de especial protección constitucional. De acuerdo a las disposiciones nacionales e internacionales mencionados los criterios que deben regir la protección de los derechos e intereses de los menores que comprende la garantía de un desarrollo armónico e integral son: i) la prevalencia del interés del menor¹³; ii) la garantía de las medidas de protección que su condición de menor requiere¹⁴; iii) la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, y en condiciones de libertad y dignidad¹⁵."

En los términos del mismo fallo y en consonancia con lo expuesto, para que la decisión de las autoridades públicas y privadas resulte compatible con la protección del interés superior de los niños y las niñas, debe satisfacer cinco criterios definidos, a saber, (i) la garantía del desarrollo integral del menor; (ii) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor; (iii) la protección del menor frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio con los derechos de los parientes biológicos sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor; y (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño o la niña involucrados. De igual manera, la evaluación del cumplimiento de esos criterios debe fundarse, a su vez, en dos premisas hermenéuticas a tener en cuenta por dichas autoridades, como son (i) atender a los criterios jurídicos relevantes, y (ii) basarse en una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Cada una de estas condiciones fue explicada por la Corte en la sentencia T-397/04, la cual conviene ser transcrita in extenso en lo pertinente,

debido a la importancia de dichos criterios para la solución del asunto propuesto.

“4.1.1. Garantía del desarrollo integral del menor. Dispone el artículo 44 de la Carta, en su segundo inciso, que “la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”; es decir, debe propenderse en todo caso por asegurar el crecimiento y desarrollo armónico e integral de los menores de edad, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, para así fomentar la plena evolución de su personalidad y permitirles convertirse en ciudadanos autónomos, independientes y útiles a la sociedad. El mandato constitucional en cuestión, que debe materializarse teniendo en cuenta las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño, se encuentra reflejado en los artículos 6-2 y 27-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶ y en el Principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño, arriba citado.

4.1.2. Garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor. La Constitución Política enumera expresamente, en su artículo 44, algunos de los derechos fundamentales preexistentes de los niños: (i) la vida, (ii) la integridad física, (iii) la salud, (iv) la seguridad social, (v) la alimentación equilibrada, (vi) el nombre, (vii) la nacionalidad, (viii) tener una familia y no ser separados de ella, (ix) el cuidado y el amor, (x) la educación, (xi) la cultura, (xii) la recreación y (xiii) la libre expresión de su opinión. Sin embargo, los derechos de los niños no se agotan en ésta enumeración; el artículo 44 Superior establece, en la parte final de su inciso primero, que los niños “gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”. Estos otros derechos de los niños, que también tienen rango constitucional y fundamental-bien sea por constar con tal carácter en la Carta Política o por expresa incorporación del Constituyente que se acaba de citar –incluyen, en lo pertinente para la resolución del asunto bajo revisión, los derechos a (xiv) la igualdad real y efectiva – especialmente por su condición de debilidad manifiesta, que obliga al Estado a sancionar los abusos o maltratos cometidos contra ellos y a adoptar medidas que los favorezcan – (C.P., art. 13); (xv) la intimidad personal y familiar (C.P., art. 15); (xvi) el libre desarrollo de su personalidad– una de cuyas facetas es el derecho a gozar de las condiciones necesarias para su desarrollo armónico y a verse libres de perturbaciones arbitrarias de dicho proceso, entre otras manifestaciones-(C.P., art. 16); (xvii)

la paz, en particular la paz familiar (C.P., art. 22); (xviii) no ser molestados en su persona o su familia por las autoridades (C.P., art. 28); (xix) el debido proceso, especialmente en el curso de las actuaciones judiciales y administrativas que les afecten (C.P., art. 29); (xx) ser protegidos “frente a toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familiares” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 2-2); (xxi) que las autoridades y los particulares, en todas las medidas que les conciernan, atiendan a su interés superior en tanto consideración primordial (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3-1); (xxii) conocer a sus padres y ser cuidados por ellos “en la medida de lo posible” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 7-1); (xxiv) “preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas” (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 8-1), y recibir “la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” en los casos en que hayan sido privados ilegalmente de alguno o todos los elementos de la misma (id.); (xxv) “no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia” y recibir protección legal contra tales injerencias (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 16); y (xxviii) que se adopten todas las medidas apropiadas para promover su recuperación física y psicológica y su reintegración social en caso de ser víctimas de cualquier forma de abandono o de trato cruel, inhumano o degradante, en un ambiente que fomente su salud, su dignidad y el respeto de sí mismos (Convención sobre los Derechos del Niño, art. 39).

(...)

4.1.3. Protección del menor frente a riesgos prohibidos. En cumplimiento de los mandatos constitucionales e internacionales citados anteriormente, es imperativo resguardar a los menores de edad de todo tipo de riesgos prohibidos que puedan amenazar o perturbar su integridad y su proceso de desarrollo armónico. Dentro de la categoría “riesgos prohibidos” se encuentran varios tipos de situaciones que deben ser evitadas o suprimidas a toda costa para proteger a los niños involucrados, tanto por parte de las autoridades competentes como por la familia y la sociedad. Algunos de estos riesgos prohibidos fueron expresamente previstos por el Constituyente, tales como (i) la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes (C.P., art. 12), (ii) los abusos y maltratos (C.P., art. 13), (iii) la esclavitud, la servidumbre y la trata (C.P., art. 17), (iv) ser molestados en su persona o su familia (C.P., art. 28), (v) cualquier forma de violencia intrafamiliar (C.P., art. 42), (vi) toda forma de abandono

(C.P., art. 44), (vii) todo tipo de violencia física o moral (C.P., art. 44), (viii) el secuestro en todas sus modalidades (C.P., art. 44), (ix) cualquier forma de venta (C.P., art. 44), (x) todo tipo de abuso sexual (C.P., art. 44), (xi) cualquier forma de explotación laboral (C.P., art. 44), (xii) toda explotación económica (C.P., art. 44) y (xiii) cualquier trabajo riesgoso (C.P., art. 44). (...) Ahora bien, según ha expresado la jurisprudencia de esta Corte¹⁷, ninguna de las enunciaciones citadas agota el catálogo de las posibles situaciones que pueden constituir amenazas para el bienestar de cada niño en particular; éstas deberán determinarse atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto, siempre con el objetivo de preservar la integridad y el desarrollo armónico de los niños implicados frente a los riesgos o amenazas específicos que se pueden cernir sobre ellos.

4.1.4. Equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de los derechos del menor. Tal y como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corte¹⁸, el interés superior y prevaleciente del menor es un concepto relacional, es decir, que se predica de situaciones en las cuales deban armonizarse los derechos e intereses de un determinado niño con los de otra u otras personas con los cuales han entrado en conflicto. En otras palabras, afirmar que los derechos e intereses de los menores de edad son prevalecientes no significa que sean excluyentes o absolutos; según se precisó en la antecitada sentencia T-510 de 2003, “el sentido mismo del verbo ‘prevalecer’¹⁹ implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización”. Por lo tanto, en situaciones que se haya de determinar cuál es la opción más favorable para un menor en particular, se deben necesariamente tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con tal menor, en especial los de sus padres, biológicos o de crianza; “sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los Estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley’²⁰”²¹. Por otra parte, si bien es cierto que debe preservarse un equilibrio entre los derechos del niño y los de sus familiares, cuando tal equilibrio se altere, y se presente un

conflicto irresoluble entre los derechos de los padres y los del menor, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor: “de allí que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los del niño cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que en igual sentido, únicamente se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor-tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso”²².

4.1.5. Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del menor involucrado. En todo caso, es necesario que las autoridades o los particulares encargados de adoptar una decisión respecto del bienestar del niño implicado se abstengan de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra éste al momento mismo de la decisión. Esta regla ha sido aplicada por la Corte Constitucional, por ejemplo, en casos relacionados con disputas sobre la custodia y el cuidado de menores de edad, lo cual resulta especialmente relevante para el caso presente; así, en la sentencia T-442 de 1994²³ se explicó que “en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento el cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado. (...) la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable”. Precisa la Corte, sin embargo, que ello no puede interpretarse como una desventaja para las familias o personas de escasos recursos que pretenden la custodia o cuidado de un niño que se encuentra bajo el cuidado de una persona o familia más acomodada; la desmejora en las condiciones se refiere a las características sustanciales del cuidado que está recibiendo o que podría recibir un menor de edad, y a la forma en que éstas le permiten materializar plenamente sus derechos fundamentales-objetivos ambos que toda familia apta está en condiciones de cumplir, independientemente de su nivel de ingresos.

7. El catálogo de criterios expuestos permite demostrar que la calificación acerca de la idoneidad del mecanismo judicial ordinario no es un asunto que pueda resolverse en abstracto, exclusivamente a partir de la identificación de ese instrumento en el ordenamiento jurídico, sino que deberá verificarse en cada caso concreto las circunstancias fácticas correspondientes, a efectos de determinar, siempre bajo la exigencia constitucional de satisfacción del interés superior del menor, cuál es el instrumento judicial que se muestra idóneo. Por ende, la Corte disiente de la posición planteada por los jueces de tutela, quienes analizaron la improcedencia de manera abstracta, sin determinar la idoneidad del proceso ante la jurisdicción de familia en el asunto concreto de las niñas Sierra Mateus. En consecuencia, la Sala asume esta tarea en sede de revisión, a partir de la información que consta en el expediente y las pruebas practicadas por el magistrado sustanciador.

7.1. Según la información obtenida durante el trámite, el problema jurídico se centra en la desacuerdo de los padres de las menores respecto al permiso de salir del país. A pesar que la ciudadana Mateus Chaverra llegó en 2004 a un acuerdo conciliatorio con el actor sobre la custodia de sus hijas y expresó su voluntad, mediante escritura pública, de autorizar de forma permanente la salida del país de las menores, ha desplegado varias acciones de índole administrativa, tendientes a revocar esa autorización y negar la salida de las niñas hacia los Estados Unidos. Para ello manifestó ante las autoridades del ICBF que las menores habían sido “ocultadas” por el actor, al punto que había omitido informarle que estarían en Colombia para gozar del periodo vacacional de fin del año 2011 y por ello no pudo reunirse con ellas.

A partir de la existencia de ese debate y la iniciación de dicha actuación administrativa, que pone de presente el desacuerdo de los padres sobre la salida de las niñas del país, el ciudadano Sierra Ochoa inició tanto la acción de tutela de la referencia, como dos procesos ante la jurisdicción de familia. El primero, de carácter verbal sumario, dirigido a definir la autorización de la salida de menores del país. El segundo, de naturaleza verbal declarativa, tendiente a lograr la privación de la patria potestad que hasta ahora ejerce la ciudadana Mateus Chaverra. En el primer proceso se adelantaron varias actuaciones, entre ellas la audiencia de conciliación en la que no se llegó a acuerdo sobre el particular, como la designación de psicólogo para que rindiera el dictamen correspondiente. Con todo, según lo informado a esta Corporación, el actor decidió desistir de esta actuación, a fin de centralizar la actuación judicial en el proceso de privación de la patria potestad.

7.2. De conformidad con el precedente expuesto, la satisfacción del interés superior de las niñas depende, entre otros factores, de una ponderación cuidadosa de las circunstancias fácticas en que están involucradas, lo que en el caso puntual de disputas sobre custodia refiere a la determinación de los factores que impedirían que los niños y niñas sufran cambios desfavorables en su entorno, los cuales terminen por incidir en la garantía y eficacia de sus derechos fundamentales. Este escrutinio, en su estándar más alto, debe tener carácter judicial y estar precedido de una actividad probatoria suficiente, que cuente con oportunidades adecuadas de intermediación y contradicción de la prueba. Igualmente, requiere de un entorno participativo, en la que los padres que disputan el cuidado y el ejercicio de la patria potestad puedan poner a consideración de la autoridad judicial sus pretensiones, a la vez que se escuche la opinión e intereses de las menores en conflicto, mediante los instrumentos de recepción de sus testimonios, que sean necesarios y adecuados para su grado de desarrollo cognitivo y emocional. Todo ello con el fin que el juez adopte la decisión más acertada, de cara a la satisfacción del interés superior del menor y al cumplimiento de las estipulaciones constitucionales y legales que gobiernan la materia.

Estas condiciones, de manera general, escapan del alcance de la acción de tutela, en tanto mecanismo expedito de protección de derechos fundamentales y donde no concurren tales espacios probatorios. Observa la Sala que en el presente caso ya se han iniciado distintos trámites judiciales, en los que incluso se ha adelantado debate probatorio y de contradicción entre las partes involucradas, o se ha previsto la celebración de actos procesales dirigidos a cumplir con esos objetivos. Esto conforme con las diferentes etapas de formulación de pretensiones, contestación y contradicción de elementos de prueba. Estas oportunidades, a su vez, permiten que el juez de familia se forme una convicción ilustrada sobre la situación de las menores y la solución jurídica acertada para la satisfacción de sus intereses y la protección de sus derechos fundamentales.

En cambio, la acción de tutela carece de esos presupuestos. Especialmente, a menos que se efectuara una intensa labor probatoria que en el actual estado del asunto no se muestra viable, se carece de los elementos probatorios para auscultar, en sede judicial y bajo la vigencia del principio de intermediación, la opinión de las menores sobre el asunto. Además, tampoco existen suficientes pruebas acerca de las condiciones personales de los padres, el entorno psicosocial brindado a las niñas y otras circunstancias cuya evaluación es imprescindible para definir los asuntos propios de la custodia y el ejercicio de la patria

potestad, que tienen una mayor entidad y en cualquier caso supeditan la discusión acerca de la autorización de la salida del país.²⁴ Por lo tanto, los mecanismos judiciales ordinarios utilizados por las partes son idóneos para resolver el problema jurídico de la referencia, de manera que la acción de tutela propuesta se muestra improcedente, en los términos del artículo 86 C.P.

7.3. No obstante, contra esta conclusión podría argumentarse que la acción de tutela, en cualquier caso, es un mecanismo más expedito que los trámites judiciales actualmente en curso, por lo que ello haría que la acción de tutela debiera tramitarse, al menos en aras de otorgar el amparo como mecanismo transitorio. La Sala se opone a esta conclusión por dos tipos de razones: (i) la necesidad de contar con una decisión judicial precedida de elementos de juicio suficientes y; (ii) la actividad desarrollada por el actor, en representación de sus hijas, que incide en la calificación de la urgencia de la protección constitucional.

En cuanto a lo primero, ya se ha señalado que la definición de la situación de custodia y patria potestad de las niñas Sierra Mateus requiere una evaluación probatoria cuidadosa, tanto de sus circunstancias personales, como de la idoneidad de cada uno de sus padres.

Esta labor escapa, en los términos explicados, a las instancias para la práctica y contradicción de pruebas propias de la acción de tutela. Por ende, aceptar que la agilidad en lograr la decisión judicial es un factor que debe primar sobre dicha evaluación probatoria, desconocería el mandato de preservación del interés superior de los niños y las niñas, cuyos criterios de satisfacción han sido expuestos en esta sentencia.

En cuanto a lo segundo, las pruebas recaudadas en sede de revisión obligan a concluir que el actor, en representación de sus menores hijas, ha decidido agotar los mecanismos judiciales ordinarios, al punto que desistió de continuar con el proceso verbal sumario de autorización de salida del país, a fin de concentrar su actividad judicial en el proceso verbal declarativo de privación de la patria potestad. Esto en razón a que de ese procedimiento se derivaría una decisión cierta y definitiva sobre la situación personal de las niñas respecto de la ciudadana Mateus Chaverra, la cual incluiría, en caso que se le privara a la madre de la patria potestad y en los términos del artículo 110 del Código de Infancia y Adolescencia, cesaría la obligación legal de requerir la autorización para salida del país respecto del padre sancionado.

Esta actividad judicial demuestra que el actor ha concluido que el proceso ante la jurisdicción

civil ordinaria es el que mejor cumple con la satisfacción de las pretensiones que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia. Igualmente, evidencia que se ha optado por una solución definitiva al asunto planteado, adoptada por su juez natural y con el cumplimiento de los requisitos mencionados. En ese sentido, no concurren en el presente asunto la urgencia y la impostergabilidad de las medidas de protección, que son notas características de la inminencia de un perjuicio irremediable. En cambio, se ha preferido el proceso verbal ante el juez de familia que, se insiste, cumple con estándares acordes con la protección del interés superior de las niñas Sierra Mateus y permite llegar a una respuesta judicial cierta y definitiva a los problemas jurídicos que motivaron el amparo constitucional.

La Corte carece, de acuerdo con los elementos de juicio presentes en el expediente de la referencia, de suficientes criterios de convicción acerca de cuáles son las condiciones óptimas de composición familiar para las menores. En efecto, se muestra imprescindible agotar los exámenes relativos a la idoneidad de los padres de las niñas, al igual que la conveniencia de determinada modalidad de custodia, visitas y ejercicio de la patria potestad.

En ese sentido, no es viable ni compatible con la eficacia de los derechos fundamentales de las niñas, adoptar una medida provisional, puesto que no se cuenta con los exigentes estándares probatorios que la jurisprudencia constitucional ordena respecto de la definición de asuntos relativos a la eficacia de los derechos fundamentales de los menores. Esto más aún cuando se ha evidenciado una profunda diferencia de criterios entre los padres de las niñas, en lo que respecta al ejercicio de su custodia y patria potestad. Por ende, se requiere la actuación del juez de familia, quien bajo el estricto cumplimiento del principio procesal de inmediación de la prueba y de conformidad con la satisfacción del interés superior de las niñas, estará habilitado para adoptar las decisiones que mejor cumplan con ese cometido.

A partir de los criterios expuestos, la Sala confirmará la sentencia de tutela, que declaró la improcedencia de la acción ante la existencia de otro mecanismo idóneo de defensa judicial.

Con todo, lo hará exclusivamente por las razones expuestas en esta sentencia, en razón de la diferencia de criterios y fundamentos jurídicos entre el fallo objeto de revisión y esta decisión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional,

administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR, exclusivamente por las razones expuestas en esta sentencia, la decisión del Juzgado Octavo de Familia de Medellín adoptada el 10 de febrero de 2012, que denegó por improcedente la tutela invocada por Juan Esteban Sierra Ochoa en representación de sus menores hijas.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-452/12

Acción de tutela interpuesta por Juan Esteban Sierra Ochoa, en representación de sus menores hijas Camila y Valentina Sierra Mateus, contra la Unidad Administrativa Especial de Migración y Claudia Marcela Mateus Chaverra

Magistrado Ponente:

Luis Ernesto Vargas Silva

Aclaro el voto, con el debido respeto por las decisiones de la Corte. Coincido con la conclusión de la Sala, en efecto, le corresponde al juez de familia dirimir los asuntos relativos a la custodia y salida del país de menores de edad, pues es el escenario propicio para recaudar el material probatorio requerido para la satisfacción del interés superior de los menores. Sin embargo, en mi concepto, mientras el problema se resolvía ante el juez ordinario, el juez de tutela estaba obligado a tomar medidas provisionales tendientes a restablecer y normalizar el contacto de las menores con su madre, con la asesoría profesional requerida. Lo anterior con la finalidad de garantizarles el goce efectivo de sus derechos fundamentales a tener una familia y a no ser separadas de ella.

En estos términos, dejo consignada la razón por la que aclaré el voto.

Fecha ut supra,

María Victoria Calle Correa

Magistrada

1 Folio 16 del cuaderno principal (CP).

2 Folio 17 CP.

3 Acta del caso expedida por la Regional Sur Oriental - Medellín del ICBF. Vid. Folios 19 a 25 CP.

4 Folio 21 CP.

5 Folio 25 CP.

6 El artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

7 Corte Constitucional. Sentencia T-803 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

8 Sentencia T-384 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, citada por la sentencia T-206 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

9 Corte Constitucional. Sentencia T-822 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa sentencia se cita la T-569 de 1992 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein, que señaló lo siguiente: “De allí que tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”

10 Corte Constitucional, sentencia T-007/08.

11 Corte Constitucional, sentencia T-1316/01. A su vez, esta regla de evaluación diferenciada de la inminencia de un perjuicio irremediable ha sido utilizada por la Corte, entre otras decisiones, en las sentencias T-456/04, T-1316/01, T-691/05, T-996A/06 y T-076/11.

12 Ver por ejemplo las sentencias T-514 de 1998 MP: José Gregorio Hernández, en la sentencia se explicó que el concepto del interés superior del menor consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica” para el niño, basada en la naturaleza prevaleciente de sus intereses y derechos, que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de darle un trato acorde a esa prevalencia “que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”. Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención “se enmarca en los presupuestos del Estado Social de Derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en

consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”; sentencia T-979 de 2001 MP: Jaime Córdoba Triviño. En la sentencia se explicó que “...el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño... propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”. Sentencia T-397 de 2004 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

13 Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. || 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. || 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

14 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles. Artículo 24. 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. || 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. || 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. || Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 19. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. || Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: || 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente

para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. || 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. || 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

16 Artículo 6: "(...) 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

Artículo 27: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas responsables por el niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. (...)"

17 Sentencia T-510 de 2003, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 Sentencia T-408 de 1995, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "prevalecer" significa, en su primera acepción, "sobresalir una persona o cosa; tener alguna superioridad o ventaja entre otras".

20 En igual sentido, el artículo 5 de la Convención sobre Derechos del Niño dispone que "los estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación

apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente convención”.

21 Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

22 Sentencia T-510 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

23 Sentencia T-442 de 1994. MP: Antonio Barrera Carbonell.

24 En efecto, de acuerdo con lo previsto en el inciso final del artículo 110 de la Ley 1098/06 - Código de la Infancia y la Adolescencia, no se requerirá autorización de los padres a quienes se les haya suspendido o privado de la patria potestad.

25 Vid, Corte Constitucional, sentencia T-557/11 y Auto del 25 de octubre de 2005 de la Sala Tercera de Revisión.