El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto Acción de tutela – Segunda instancia

Origen Juzgado Primero de Familia de Pereira

Accionante Diana Marcela Giraldo Arias y MPAG

Accionado Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF Regional Casanare, Centro Zonal Yopal

Vinculados Directora General del ICBF; Coordinadora y Defensor de Familia ICBF del Centro Zonal Yopal; Comisaría de Familia Nocturna y Comisaría de Familia Sede Centro de Pereira; el señor Germán Augusto Álvarez Monsalve y el Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia, la Familia y la Mujer de Pereira

Radicado 66001311000120230002901

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD / IMPROCEDENCIA DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / EXISTENCIA DE OTROS MEDIOS ORDINARIOS DE DEFENSA / SALVO QUE EL MENOR SE ENCUENTRE EN SITUACIÓN DE RIESGO.**

… la queja constitucional se plantea contra el trámite administrativo que surtió la Defensoría de Familia de Yopal en el marco del proceso de fijación de custodia adelantado en favor de la niña MPAG. Frente a esa situación, la primera instancia consideró que el amparo incumple los presupuestos de la subsidiariedad e inmediatez…

… es preciso conocer el criterio sentado por el precedente jurisprudencial, en relación con la procedencia del amparo respecto de la declaratoria provisional o definitiva de la custodia sobre menores de edad.

Así en sentencia T-884 de 2011 la Corte Constitucional expresó:

“La Corte ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso…”

… la procedencia de la acción de tutela referente a casos de custodia provisional o definitiva de menores de edad depende esencialmente de la acreditación del estado de riesgo en que se haya el infante y que, en consecuencia, implique la urgente intervención del juez de tutela.

En el caso concreto, no se da esa particular condición. En efecto, se dejó de alegar situación que implicara riesgo grave para el desarrollo e integridad de la niña, pues como se deduce de lo hasta aquí señalado, el motivo de la queja constitucional se sustenta, básicamente, en desacuerdo con la decisión que otorgó la custodia provisional de la menor (2018). Tampoco se aportó prueba alguna que acreditara circunstancias de aquella gravedad…

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

****

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**DISTRITO DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA**

Magistrado sustanciador: Carlos Mauricio García Barajas

Sentencia ST2-0084-2023

Acta número 140 de 23-03-2023

**Veintitrés (23) de marzo de dos mil veintitrés (2023)**

**ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por la parte demandante contra el fallo proferido el 13 de febrero pasado, dentro de la acción de tutela de la referencia.

**ANTECEDENTES**

**1.** En la demanda se expuso que dentro del trámite administrativo adelantado en favor de la niña MPAG, el 12 de julio de 2018, la Defensoría de Familia ICBF del Centro Zonal Yopal notificó a la actora de decisión por medio de la cual le otorgaba al padre de la menor su custodia provisional, con sustento en que la accionante dejó de asistir a la diligencia de conciliación. Sin embargo, además de que un adecuado proceder mandaba declarar fallida la conciliación, dicha falta de comparecencia ocurrió por la indebida notificación de la fecha para la primera de esas diligencias y por la información engañosamente brindada por el progenitor de su hija, sobre la cancelación de la segunda. Así mismo, si bien contra aquella resolución se formularon recursos, estos nunca se resolvieron.

Con sustento en ese acto administrativo, el padre de la niña, de manera abusiva y sin justificación, le ha hecho suscribir documentos “denigrantes” y pretende separarla de ella. Teniendo en cuenta el deseo de la menor, de “que no quiere vivir seis años más sin su mamá, por lo que conversamos llegamos al acuerdo de llegar a una conciliación con su papá para que la custodia sea compartida”, empero él nunca se hizo presente para conciliar.

El citado señor, a mediados del mes de enero de 2023, se hizo presente en su trabajo, donde se encontraba con su hija, para, por la fuerza, llevársela, incidente que ameritó la intervención de la Policía y de la Comisaría Nocturna de Familia de Pereira, autoridad esa última que fijó el 27 de enero de 2023 como fecha para la verificación de derechos de la niña, pero el padre no se presentó a la misma ni permitió la asistencia de su hija.

Para obtener la protección de los derechos al debido proceso, de los niños y a la igualdad, solicita la actora se ordene al ICBF de Yopal justificar el motivo por el cual no ha resuelto los recursos propuestos contra la Resolución No. 0128 del 08 de junio de 2018, y se declare la nulidad de ese acto administrativo, o en su defecto se decrete la no ejecutoria del mismo[[1]](#footnote-2).

**2. Trámite:** Por auto del 01 de febrero de este año, el despacho de primera instanciaadmitió el conocimiento de la acción de tutela.

El Comisario Nocturno de Familia de Pereira informó que como quiera que, para la noche del 26 de enero de este año, carecía de equipo interdisciplinario para la practicar de una verificación de derechos de la menor, se aplazó ese trámite hasta el siguiente día en horas de la mañana y aunque los padres insistieron en aguardar en esas instalaciones junto a ella, pudieron ser disuadidos de que lo más favorable para la niña era retirarse para sus respectivas viviendas. Citados todos para las 08:00 a.m. del día 27 de enero se pudo establecer que aquella tiene garantizados sus derechos y que el conflicto se da entre los padres con ocasión al ejercicio de su custodia, luego esa autoridad se encontraba impedida para iniciar un nuevo proceso, teniendo en cuenta que ya existía uno en el que se emitió resolución sobre tal asunto[[2]](#footnote-3).

El Procurador 21 Judicial II para la Defensa de los Derechos de la Infancia, la Adolescencia y la Familia de Pereira indicó que en el presente asunto se incumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, para la procedencia de la tutela, ya que se pone en entredicho decisión proferida hace cinco años y se cuenta, en el proceso judicial de custodia y cuidado personal, con otra vía para cuestionar aquella determinación[[3]](#footnote-4).

En similares términos se pronunció el Director del ICBF de la Regional Casanare[[4]](#footnote-5).

El Defensor de Familia ICBF del Centro Zonal Yopal refirió que las partes fueron adecuadamente notificadas de la diligencia de conciliación fijada para el 08 de marzo de 2018, sin que ninguna de ellas haya asistido, de igual manera se procedió con la reprogramación de esa audiencia, a la cual solo acudió el padre de la menor, sin que su progenitora justificara su inasistencia, hecho que generó la declaratoria de agotamiento del requisito de procedibilidad. De igual forma, en aplicación del ordenamiento legal vigente, se profirió resolución motivada sobre las medidas de protección a la menor, acerca de alimentos, visitas y custodia, previa valoración psicológica.

Agregó que los recursos instaurados aparentemente por la tutelante, ya que no fueron suscritos por ella, fueron presentados de manera extemporánea el 23 de julio de 2018, a pesar de que la decisión objeto de esos medios de impugnación, había quedado ejecutoriada desde el 11 anterior.

Finalmente dijo que existen otros medios de defensa para cuestionar aquella decisión y que le resulta inexplicable por qué se dejó transcurrir tanto tiempo para reprocharla[[5]](#footnote-6).

La Coordinadora del Centro Zonal ICBF Yopal alegó su falta de legitimación en la causa por pasiva, al no haber dado lugar a la supuesta lesión de derechos en este caso. Además, que la tutela incumple el requisito de la subsidiariedad[[6]](#footnote-7).

**3. Sentencia impugnada:** En providencia del 13 de febrero de 2023 el juzgado de conocimiento declaró la improcedencia del amparo invocado.

Lo anterior tras considerar que al estar en este caso bajo estudio decisión administrativa adoptada por el Defensor de Familia del Centro Zonal Yopal en el año 2018, la tutela incumple el presupuesto de la inmediatez, ya que, además, no se plantearon elementos de juicio que permitieran flexibilizar ese requisito. Así mismo, la parte actora encuentra en la jurisdicción contenciosa administrativo y en el proceso de custodia y cuidado personal, vías judiciales para dirimir el conflicto planteado, máxime que no está acreditada la existencia de un perjuicio irremediable, como quiera que “ha quedado claro que al lado de su progenitor tiene garantizado sus derechos fundamentales” la menor.

De otro lado ordenó la desvinculación de las demás entidades convocadas, al no haber dado lugar a lesión alguna en este caso[[7]](#footnote-8).

**4. Impugnación:** La actora argumentó que dentro del término de cinco días concedidos por el Defensor de Familia de Yopal. radicó ante la empresa de correo certificado, el documento que contenía los recursos formulados contra la Resolución No. 0128 del 08 de junio de 2018. Así mismo, si ese funcionario resolvió no dar trámite a los citados recursos ha debido motivar esa determinación.

Explicó, además, que la violación alegada sobre el debido proceso se ha mantenido en el tiempo, luego no se puede aplicar el presupuesto de inmediatez en su contra desde el año 2018, “sino del momento en que el padre de la menor utiliza medios coercitivos para ocultarla facultándose en dicha resolución, pues hasta hoy no sé nada de mi hija… El padre de la menor me la oculta… me bloqueo de whatsapp (sic), no me contesta las llamadas, y se atreve el funcionario de comisaria nocturna a decir que no había violación de derechos”[[8]](#footnote-9).

**CONSIDERACIONES**

**1.** El artículo 86 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a promover acción de tutela ante los jueces con miras a obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando por acción u omisión le sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad pública o por particulares, en los casos previstos de forma expresa en la ley, siempre que no exista otro medio de defensa judicial o existiendo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar la materialización de un perjuicio de carácter irremediable (art. 6, numeral 1, del Decreto 2591 de 1991).

**2.** En el caso concreto la queja constitucional se plantea contra el trámite administrativo que surtió la Defensoría de Familia de Yopal en el marco del proceso de fijación de custodia adelantado en favor de la niña MPAG. Frente a esa situación, la primera instancia consideró que el amparo incumple los presupuestos de la subsidiariedad e inmediatez, ya que existen otros medios eficaces para resolver la cuestión y porque aquella actuación fue definida desde el año 2018. La parte recurrente alega que la vulneración se mantiene en el tiempo luego se cumple con el presupuesto de la inmediatez y que el padre de su hija obstaculiza los encuentros entre ambas, así mismo, insiste en que en dicho asunto administrativo se lesionó su derecho al debido proceso.

De conformidad con lo anterior, el problema jurídico consiste en determinar si la acción de tutela resulta procedente para dirimir tal conflicto y en caso positivo, si en aquel trámite se lesionaron los derechos de la actora o de su menor hija.

**3.** En el anterior contexto, es clara la legitimación para intervenir en este amparo superlativo. Por el extremo activo lo hace la madre, que en su nombre y en el de su menor hija[[9]](#footnote-10), alegando la vulneración de sus derechos en el trámite administrativo que culminó con decisión frente al cuidado y custodia de la última. En el extremo pasivo, por su parte, se encuentra convocado el Defensoría de Familia de Yopal, funcionario que tramitó y definió esa actuación.

**4.** Para resolver la controversia, es preciso conocer el criterio sentado por el precedente jurisprudencial, en relación con la procedencia del amparo respecto de la declaratoria provisional o definitiva de la custodia sobre menores de edad.

Así en sentencia T-884 de 2011 la Corte Constitucional expresó:

*“La Corte ha concluido, en principio, que la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos.*

*A los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, mediante el proceso verbal sumario.*

*…*

*No obstante lo anterior, si en el caso concreto se evidencia que el menor se encuentra en situación de riesgo que permite deducir que el proceso verbal sumario no resulta idóneo para proteger sus derechos fundamentales o las condiciones en las que se encuentra el niño podrían conducir a la concreción de un perjuicio grave e inminente que requiere la intervención inmediata del juez de tutela, éste deberá entrar a resolver el asunto de manera transitoria.”*

En forma más reciente esa misma Corporación indicó:

*“18. Ahora bien, pese a que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos idóneos para establecer la custodia y el cuidado personal de los menores de edad, ello no significa que en todos los casos sean eficaces para solucionar los diferentes escenarios fácticos y jurídicos que se pueden presentar. Precisamente, frente a la procedencia de la acción de tutela para resolver este tipo de situaciones, esta Corte ha considerado que, en el marco de la subsidiariedad del amparo constitucional, a los jueces les corresponde verificar, en cada caso en concreto, si los menores de edad se encuentran en una situación de tal magnitud que implique la intervención inmediata para salvaguardar sus derechos, en la medida en que, de lo contrario podría ocurrir un daño irremediable.*

*…*

*25.   Resulta relevante resaltar que en el presente caso no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable que amerite una orden provisional por parte del juez constitucional de tutela, como quiera que de las pruebas recaudadas en sede de revisión, es posible establecer que la presunta situación de riesgo en la que se encontraban las niñas ya fue superada y que, por ende, no se acreditan las condiciones de gravedad, urgencia, impostergabilidad e inminencia requeridas por la jurisprudencia para que se de ese fenómeno. Sobre el particular, el ICBF informó, a través de un oficio de valoración socio familiar y de verificación de derechos que, actualmente, las niñas cuentan con la garantía plena de sus derechos en la ciudad de Tunja, pues conviven con la progenitora y su actual pareja en una vivienda digna, tienen condiciones físicas y psicológicas adecuadas y, en el caso de Laura de 6 años, ya se encuentra vinculada al sistema de educación municipal.*

*… En ese orden de ideas, la accionante, en representación de sus hijas, puede acudir a los mecanismos administrativos y judiciales de defensa que fueron reseñados en párrafos anteriores, con la finalidad de buscar la definición legal de la tenencia de la custodia y el cuidado personal de ambas menores de edad y, por esta vía, la salvaguarda de sus derechos. Precisamente, son esas autoridades administrativas y judiciales, a quienes la Constitución y la ley les entregaron la competencia para velar por la protección y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia[[10]](#footnote-11).*

Se desprende de lo anterior que la procedencia de la acción de tutela referente a casos de custodia provisional o definitiva de menores de edad depende esencialmente de la acreditación del estado de riesgo en que se haya el infante y que, en consecuencia, implique la urgente intervención del juez de tutela.

En el caso concreto, no se da esa particular condición. En efecto, se dejó de alegar situación que implicara riesgo grave para el desarrollo e integridad de la niña, pues como se deduce de lo hasta aquí señalado, el motivo de la queja constitucional se sustenta, básicamente, en desacuerdo con la decisión que otorgó la custodia provisional de la menor (2018). Tampoco se aportó prueba alguna que acreditara circunstancias de aquella gravedad, muy por el contrario, al valorar las allegadas en este trámite, se deduce que, bajo el cuidado de su padre, la menor se encuentra en condiciones socio familiares que no pueden ser calificadas de inadecuadas.

Lo anterior se asevera con fundamento en el informe psicológico rendido el 10 mayo del 2018 por profesional de la Defensoría de Familia de Yopal, en el que se da cuenta de que bajo el cuidado de su padre “*La niña… muestra características cognitivas, físicas, emocionales, sensoriales, motrices y sociales adecuada con la edad cronológica de la etapa de su desarrollo, no se evidencia problemas de comportamiento, tiene gran facilidad para expresarse verbalmente, no se encuentran antecedentes prenatales ni posnatales, se encuentra vinculada al sistema educativo… vinculada a seguridad social en salud por medio de sanitas EPS*”[[11]](#footnote-12). Esa tendencia se ha mantenido tal como se evidencia en entrevista realizada a inicios de este año en la que se consignó que “*la niña ya ha sido valorada por el I.C.B.F. donde han dado garantías por parte del progenitor para tener a la niña. No obstante… la mamá… también es garante de derechos para con la niña… no se observan situaciones de riesgo o peligro contra la integridad personal para la niña*”[[12]](#footnote-13).

En estas condiciones a falta de pruebas que demostraran que la menor a favor de quien se actúa estuviera bajo amenaza grave que impidiera su desarrollo en condiciones dignas, o de hecho que permitiera inferir tal situación, el amparo constitucional resulta improcedente ya que, para efecto de modificar lo relativo a la custodia de su hija, la actora debe agotar al mecanismo ordinario establecido por el legislador, esto es el proceso de custodia y cuidado personal ante los jueces de familia. Así se le ha informado, incluso, por parte de las autoridades que han atendido su caso[[13]](#footnote-14).

**5.** Superada la cuestión principal de la tutela, la Sala procede a resolver sobre los demás puntos de controversia así:

**5.1.** La actora se queja de que el padre de la menor supuestamente ha impedido las visitas entre ambas, así como su contacto por otros medios como el telefónico, sin embargo, tal circunstancia también cuenta con otros medios de defensa para su discusión y definición, bien sea para pedir el cumplimiento de la Resolución No. 0128 del 08 de junio de 2018, en la cual, entre otras cosas, se determinó que la accionante tenía el derecho y deber de visitas para su hija, cada ocho días los fines de semana[[14]](#footnote-15), o para instaurar el respectivo proceso judicial de regulación del régimen de visitas. También se le informó en sede administrativa, que podía activar acción judicial por presunto ejercicio arbitrario del derecho a la custodia[[15]](#footnote-16).

**5.2.** Frente a la queja de la actora en torno del trámite procesal adelantado por la Defensoría de Familia de Yopal, es de precisarse que si dicha actuación fue culminada por Resolución No. 0128 del 08 de junio de 2018[[16]](#footnote-17), y los recursos que presuntamente no se tramitaron se radicaron en julio de ese mismo año, la interesada, tal como lo dedujo el juzgado de primer nivel, aguardó más de cuatro años para ejercer el amparo constitucional, lapso que a todas luces resulta desproporcionado para reclamar la protección de derechos fundamentales.

Ahora, aunque la parte recurrente alega que desde aquella época la lesión de sus derechos se mantiene en el tiempo, ya que el padre de su hija, con sustento en el citado acto administrativo, ha desconocido sus derechos para con su hija, la Sala considera que no es posible aplicar aquel fenómeno de permanencia en el caso concreto, pues primero, según se observa, la lesión se hace consistir más en el proceder del progenitor de la niña respecto de la materialización de lo resuelto en aquel acto administrativo, que en esa decisión como tal, supuesta actuación paterna que, como ya se enunciara, tiene otros mecanismos para enjuiciarse; y segundo, no porque los efectos de las decisiones administrativas y judiciales se encuentren vigentes, se genera la posibilidad de acudir a la tutela en su contra en cualquier tiempo, de ser ello posible la mayoría de determinaciones de esa naturaleza serían objeto de la acción constitucional de forma indefinida, lo que riñe con el principio de prontitud y urgencia que rigen el trámite de tutela, y de la misma seguridad jurídica en atención a las situaciones que a partir de tales decisiones, se consolidan.

**6.** En consecuencia, la tutela deviene improcedente porque este mecanismo de resguardo no es la vía indicada para obtener se resuelva lo relativo a la custodia de la menor ni para debatir lo ocurrido en trámite administrativo culminado bastante tiempo atrás.

Como a igual conclusión arribó la primera instancia, la sentencia recurrida será objeto de confirmación.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.

**SEGUNDO:** Notificar a las partes lo aquí resuelto en la forma más expedita y eficaz posible. Comuníquese de igual forma al Juzgado de primera instancia.

**TERCERO:** Enviar oportunamente, el presente expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados

**CARLOS MAURICIO GARCÍA BARAJAS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

**EDDER JIMMY SANCHEZ CALAMBAS**

1. Archivo 01 de la carpeta denominada “66001400300120230008600” del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-2)
2. Archivo 04 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-3)
3. Archivo 05 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-4)
4. Archivo 07 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-5)
5. Archivo 08 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-6)
6. Archivo 08 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-7)
7. Archivo 10 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-8)
8. Archivo 12 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-9)
9. Cfr. registro civil de nacimiento que obra en el folio 01 del anexo 02 de la demanda [↑](#footnote-ref-10)
10. Sentencia T-065 de 2019 [↑](#footnote-ref-11)
11. Folios 21 a 23 del archivo 08 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-12)
12. Folios 54 a 59 del archivo 04 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-13)
13. Entrevista, enero 27 de 2023. Archivo 06 primera instancia, página 65. [↑](#footnote-ref-14)
14. Folios 28 a 32 del archivo 04 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-15)
15. Entrevista, enero 27 de 2023. Archivo 06 primera instancia, página 65. [↑](#footnote-ref-16)
16. Folios 28 a 32 del archivo 04 del cuaderno de primera instancia [↑](#footnote-ref-17)