Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO

Neiva, Mayo siete (07) de dos mil veintiuno (2021)

Clase: Acción de Tutela
Accionante: ***JOYCE SMITH ESPINOSA LIEVANO*** *en Rep. de la menor* ***PAZ MONTERO ESPINOSA.***
Accionada: ***Instituto Colombiano de Bienestar Familiar***
Asunto: ***SENTENCIA 1A.***
Radicado: ***41001-31030022021-00100-00***

Procede el Despacho a proferir sentencia lo que en derecho correspondan, teniendo en cuenta la nulidad decretada por la Honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil, al fallo de tutela dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad, Sala Primera de Decisión Civil Familia Laboral, el 19 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES:

La señora ***Joyce Smith Espinosa Liévano*** quien actúa en representación de su hija menor Paz Montero Espinosa**,** presenta acción de tutela en contra de la ***Instituto Colombiano de Bienestar Familiar***, para que a través de este procedimiento breve y sumario se protejan sus derechos fundamentales de su hija a no ser separada de su madre, derecho de contradicción, defensas, debido proceso y demás que se considere quebrantados.

PETICIÓN.

Solicita la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados; se ordene al Director del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar, se modifique la medida preventiva de custodia provisional de su hija en cabeza de su abuela, para que le sea otorgada, mientras que el señor Juez de Familia de esta ciudad, define la situación jurídica de la infante y a la vez que se tenga en cuenta el derecho de contradicción, defensa que otorga el debido proceso,

HECHOS:

Sustenta la acción con los siguientes fundamentos fácticos:

Expone la accionante que durante 18 años, convivió con el señor SANDY MONTERO POMAR, relación de la cual nació la niña PAZ MONTERO ESPINOSA y que duró hasta cuando su infante tenía cuatro años, por el comportamiento violento y la vida desordenada que llevaba su esposo.

Señala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar le otorgó la custodia de su hija a su progenitor MONTERO POMAR, bajo el argumento que la accionante no era la persona ideal para tenerla, haciéndola ver como una mala mujer, sin tener en cuenta que durante los primeros cuatro (04) años de vida de la niña, fue la persona que la cuidó y la ayudó a crecer, enseñándole y brindándole todo lo que necesitaba para crecer y desarrollarse plenamente.

Refiere la actora, que su esposo fue capturado por la Policía Metropolitana de Neiva – Huila, en el domicilio donde vivía junto con su hija PAZ MONTERO ESPINOSA, en cumplimiento del plan de choque "construyendo seguridad", por la comisión de los delitos concierto para delinquir agravado, tráfico, fabricación y porte de estupefacientes y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego y municiones, pues le fueron incautadas sustancias alucinógenas diversas como cocaína, marihuana, drogas sintéticas, armas de fuego, chaleco antibalas y munición.

Explica que la niña fue llevada al ICBF, entidad que decidió dejar la custodia de su hija a la señora LETICIA POMAR, abuela paterna, sin tener en cuenta que ella permitía el desarrollo de la actividad delincuencial en su residencia, a sabiendas del riesgo que esto implicaba para la infante, ya que están rodeados de delincuentes, sustancias alucinógenas, de armas de fuego, poniendo en riesgo la integridad física y psicológica del menor.

Manifiesta que al solicitar información ante el ICBF, sobre el trámite de la custodia de su hija, le indicaron que la habían llamado a una línea telefónica suministrado por la abuela de la menor, pero que al no contestar le habían otorgado la custodia a la señora LETICIA POMAR, porque al momento de la entrevista de la niña así lo solicitó, que debía estar agradecida que no fue llevada a un hogar sustituto. Aclara la accionante, que no tuvo conocimiento de lo sucedido, que el número telefónico no era el correcto.

afirma que fue notificada de la admisión del trámite de establecimiento de derechos y de la medida de custodia provisional otorgada a la señora LETICIA POMAR, pero que la entidad desconoció el derecho al debido proceso, pues solamente le advirtió que contra estas decisiones no procedía recurso alguno, imposibilitándole la controversia de la medida provisional y la solicitud de la custodia de la niña y por tal razón radiqué demanda de custodia ante el señor Juez de Familia – reparto – de esta ciudad.

Aclara que el día que presentó la demanda, la señora LETICIA POMAR le entregó su hija, que la llevó a su vivienda para mantenerla alejada de aquellas que le pueden causar daño ya que su padre es miembros de la organización delincuencial los zorros II, liderada por SANDY MONTERO POMAR, pero que de acuerdo a la decisión del I.C.B.F., su hija debe regresar a la vivienda en donde expendían drogas y habían armas de fuego porque es lo mejor para ella, porque mi hija de (06) años así lo solicito al I.C.B.F., a lo que me opongo rotundamente, en primer lugar, porque es una decisión ilegal, adoptada con desconocimiento de mis derechos como madre y de los de la niña y por ello no acepta la medida provisional tomada por el I.C.B.F. y acato la decisión del Juez Constitucional y del señor Juez de Familia en torno al proceso de custodia, tenencia y cuidado personal.

ACTUACION.

Por encontrar la demanda ajustada a los requisitos establecidos en el decreto 2591 de 1991, el juzgado de instancia dispuso su admisión, tuvo como pruebas los documentos aportados por la parte accionante y los que se aporten posteriormente y que tengan injerencia con la misma acción, se ordenó **VINCULAR** a este trámite a la señora **LETICIA POMAR**, abuela de la menor de edad PAZ MONTERO ESPINOSA, y a quien la entidad accionada otorgó la custodia de aquella.

CONTESTACIÓN.

Dirección Regional del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – centro zonal Neiva – Huila. La defensora de familia señala que el pasado dos de marzo recibió solicitud de restablecimiento de derechos a favor de PAZ MONTERO ESPINOSA, para lo cual señala que el motivo que generó la presente petición, es que teniendo en cuenta que el progenitor de la menor fue privado de la libertad y la beneficiaria llegó al centro zonal en compañía de su abuela paterna y policía de infancia, para lo cual no brindan datos exactos de ubicación de su progenitora y ante la ausencia temporal del representante legal, se hace necesario la apertura de un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, toda vez que observa a partir de un análisis de los diferentes parámetros de evaluación y entrevista, que los progenitores y cuidadores se ubican como familia en conflicto interno, la cual es vinculada como una familia con factor de riesgo moderado.

Por lo anterior, sugiere dar inicio a proceso administrativo de restablecimiento de derechos y ante el hecho de que el progenitor fue privado de su libertad y la abuela paterna es un referente afectivo para la beneficiaria brindar ubicación en medio familiar.

La *Psicóloga asignada a la Defensoría de Familia,* informa que se evidencia que existe vínculo afectivo entre la niña y su progenitor, con su abuela paterna y la progenitora, deseando continuar en el contexto familiar en donde permanece; indica que no desearía convivir con la progenitora porque convive con una pareja que tiene. La niña desconoce que su progenitor se encuentra detenido y por tal razón sugiere a la abuela paterna suministrar información apropiada a la niña, para no alterar su estabilidad.

Sobre la abuela paterna del infante, señala que ha informado al ICBF, que desconoce la ubicación de la progenitora de la menor, de igual manera que desconocía los trámites judiciales que se le adelantaba a su hijo y por tal razón se apertura la investigación administrativa de restablecimientos de derechos, ordenando como medida provisional su ubicación en red familiar extensa, bajo el cuidado de su abuela paterna LETICIA POMAR.

Que el 04 de marzo de 2021, se hicieron presentes en el Centro Zonal Neiva del ICBF, las señoras LETICIA POMAR y JOYCE ESPINOSA, para lo cual la primera informa que la progenitora del menor solicita traslado a PAZ hasta el su lugar de domicilio sin retomar a la niña en el contexto familiar paterno, como estaba acordado en diligencia de conciliación, ya que la señora ESPINOSA, expone tener el derecho a estar con su hija y ejercer cuidado personal. Se les escuchó la versión a cada una, sus inquietudes y se le brindo orientación, comunicación y asesoría, con el fin de brindarle a la niña comunicación y solución de conflictos, estableciendo compromisos y protección a favor de la menor.

Juzgado Cuarto de Familia de esta ciudad. A pesar que no fue vinculada dentro de la presente acción constitución, informa al Despacho que 04 de marzo de 2021, les correspondió la demanda de custodia y cuidado personal interpuesta por la señora JOYCE SMITH ESPINOSA en representación de la niña PEM contra el señor SANDY MONTERO ESPINOSA, la cual fue radicada

bajo el No. 41001-31-10-004-2021-00073-00 y admitida el 09 de abril del año en curso y se encuentra pendiente de notificación a la parte demandada, carga procesal que le compete a la parte demandante.

La señora **LETICIA POMAR**. Guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

Corresponde al Despacho establecer si la Dirección del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar de la ciudad de Neiva ha vulnerado a la accionante, el debido proceso al no modificar la medida preventiva de custodia provisional de su hija menor de edad a cargo del su abuela paterna, mientras que el Juez de Familia define la situación jurídica de la infante?

La acción de tutela está consagrada como el mecanismo que toda persona tendrá para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[1].

De igual manera, a través de la jurisprudencia, ha establecido el Alcance del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, a través de la cual ha dispuesto en armonía con los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela es un medio de defensa de carácter subsidiario para obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, lo que impone su procedencia siempre y cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para el amparo judicial de estos derechos.

Ello pone de presente la competencia *subsidiaria y residual* del juez de tutela para la protección de los derechos constitucionales. Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión puramente litigioso, desnaturalizándose su finalidad de protección subsidiaria de derechos fundamentales.

Además de lo anterior, para la procedencia de la tutela, en atención al carácter subsidiario y residual de este mecanismo constitucional fijado normativa y jurisprudencialmente, la Corte ha señalado que es necesario establecer la viabilidad del amparo en dos direcciones a saber, la procedencia del amparo constitucional i) frente a particulares y ii) en asuntos de custodia, cuidado personal y visitas de menores de edad.

En lo que respecta a la procedencia de la *acción de tutela contra particulares*, precisa que la acción de tutela procede respecto de los que el actor se encuentra en una situación de indefensión o subordinación. Al respecto, el artículo 86 de la Constitución Política en el parágrafo 5 establece: "(...) La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares

[1] Artículo 86 de la Constitución Política de Colombia

encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (...)".

En desarrollo de tal postulado constitucional el Legislador, en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, preceptuó:

> *"(...) Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:*
>
> *(...) 9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela. (Subrayado declarado inexequible) (...)".*

Los conceptos de subordinación o indefensión, la Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que[2]:

> *"(...) la subordinación debe ser entendida como aquella condición que permite que una persona se sujete a otra o resulte dependiente de ella, en situaciones derivadas de una relación jurídica emanada de la ley o de una relación contractual entre las partes.*
>
> *En cuanto al estado de indefensión, -que debe observarse en concreto y según las circunstancias del caso -, surge de la imposibilidad de defensa fáctica que puede tener una persona frente a una agresión injusta de un particular. Ocurre en situaciones en las que hay ausencia o insuficiencia de medios de defensa, para que el demandante pueda resistir u oponerse a la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, derivados de la acción u omisión de un particular (...)"*

De igual manera, a través de la jurisprudencia, ha establecido el Alcance del principio de subsidiariedad de la acción de tutela, a través de la cual ha dispuesto en armonía con los artículos 86 superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, que la acción de tutela es un medio de defensa de carácter subsidiario para obtener la protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, lo que impone su procedencia siempre y cuando en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para el amparo judicial de estos derechos.

En ese sentido mediante sentencia T- 252 del 2005[3] ha señalado que:

> *"La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido de manera reiterada que la acción de tutela es un mecanismo de naturaleza subsidiaria y residual destinado a proteger los derechos fundamentales. Esa caracterización implica que si existe medio de defensa judicial a disposición del interesado, la tutela no puede ser utilizada para sustituirlo o para desplazar a los jueces ordinarios en el ejercicio de sus funciones propias[4]. El artículo 86 de la Constitución Política es claro al señalar que la tutela no procede cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que sea*

[2] Sentencia T-166 de 2009 de la Corte Constitucional. Al respecto consultar también: T-009 de 1992, T-573 de 1992 y T-290 de 1993
[3] M.P. Dra Clara Inés Vargas.
[4] Corte Constitucional. Sentencias T-469 de mayo 2 de 2000 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y T-585 de julio 29 de 2002 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

utilizada como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, si en el ordenamiento jurídico se prevé otro medio de defensa judicial para lograr la protección pretendida, la acción de tutela no puede desplazarlo, ya que no es el escenario propio para discutir cuestiones que deben ser debatidas ante los estrados de las jurisdicciones ordinarias. No obstante, la jurisprudencia ha señalado que el medio judicial de defensa ha de ser idóneo para alcanzar una protección cierta, efectiva y concreta del derecho fundamental amenazado o vulnerado, lo cual implica que tenga la aptitud suficiente para que a través de él se restablezca el derecho vulnerado o se proteja su amenaza[5]" (subrayas fuera del texto).

Lo anterior significa que la tutela resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios ordinarios de defensa previstos por la ley y que no en todos los casos es el Juez de tutela el llamado a pronunciarse sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales, toda vez que de acuerdo a la jurisprudencia constitucional, esta acción ha sido concebida con el fin de llenar los vacíos existentes en el ordenamiento jurídico, para lograr la protección de dichas prerrogativas.

Sobre la procedencia de la acción de amparo constitucional en asuntos de custodia, cuidado personal y visitas de menores, es necesario precisar que cuando la protección de los derechos fundamentales de las personas se puede realizar a través de medios judiciales de defensa ordinarios se torna improcedente la acción de amparo constitucional, a menos que se compruebe que aquellos no constituyen mecanismos idóneos y eficaces para garantizar los bienes ius fundamentales o se requiere la intervención inmediata del Juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, es importante precisar que tanto a los Defensores de Familia como a los Jueces de Familia les corresponde, en sede administrativa o judicial, según sea el caso, el conocimiento de asuntos correspondientes a la custodia, cuidado personal y regulación de visitas, con el fin de emitir las disposiciones necesarias para la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales de los menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, numeral 3° del Código General del Proceso y el artículo 390, numeral 3°, del Código de la Infancia y la Adolescencia.

Así, en atención a que son las referidas Autoridades quienes tienen la competencia para decidir acerca de la custodia, cuidado personal y visitas de un niño cuyos progenitores no se ponen de acuerdo sobre el tema, además de exigir el cumplimiento de tales decisiones administrativas o judiciales, en principio este mecanismo resultaría improcedente para la consecución de tal propósito. Sin embargo, no se puede desconocer que por vía Jurisprudencial la Corte Constitucional ha sostenido que en asuntos en los que el menor se encuentra en una situación de riesgo como la separación de uno de sus padres, puede causar un perjuicio irremediable en su libre desarrollo de la personalidad y los lazos afectivos, por lo tanto el recurso de amparo constitucional se convierte en el instrumento idóneo para superar la afectación

[5] Corte Constitucional. Sentencia T- 225 de 1993 (M.P. Vladimiro naranjo Mesa). En el mismo sentido se puede consultar, entre muchas otras, la sentencia T-1316 de diciembre 7 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

de los bienes ius fundamentales de los niños como sujetos de especial protección por parte del Estado.

Así mismo, en un asunto en el que la parte actora buscaba la modificación o suspensión del régimen de visitas de su hijo menor, así como la patria potestad, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional, consideró:

> *"(...) Existiendo otros medios a los que puede acudir, en determinado momento, un progenitor cuando el otro decide influír en su hijo buscando desvanecer su figura, la acción de tutela es improcedente, por existir un medio idóneo para lograr que sea modificado o suspendido el régimen de visitas, y si la situación es grave lograr la suspensión de la patria potestad. Sin embargo, esta Corporación ha considerado que, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa, se debe y puede proteger el derecho de uno y otro progenitor a entablar y mantener sin obstáculos, las relaciones afectivas con sus hijos. (...)".*

Siguiendo el derrotero jurídico, observa el despacho de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario que la señora JOYCE SMITH ESPINOSA LIEVANO, busca la protección de sus derechos fundamentales y el de su hija menor, en especial a no ser separado de su madre, en razón que considera que se debe ordenar al ICBF, modificar la medida preventiva de custodia provisional que está en cabeza de la abuela paterna, para que se le sea otorgada, mientras se define la situación jurídica de su hija, bajo el argumento que tanto el padre de la infante como su señora madre, permitían en su hogar, lugar donde se encontraba su hija, conductos delincuenciales, de tal gravedad como es el expendio de sustancias alucinógenas y el porte ilegal de armas.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familia refiere, que al momento de indagar a las señoras LETICIA MONTERO Y JOYCE ESPINOSA, sobre la ubicación actual del progenitor de la niña y sobre su situación judicial, ninguna aportó información al respecto; Además de lo anterior, resalta que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de PAZ MONTERO ESPINOSA se adelanta, dentro del cual se ordena como medida provisional la ubicación de la menor PAZ MONTERO ESPISA, bajo el cuidado de su abuela paterna, mientras se define su situación jurídica y a la fecha está pendiente el decreto de pruebas y fallo, encontrándose dentro del termino legal para ello.

Por otra parte se observa que en la Defensoría Primera de Familia del Centro Zonal Neiva del ICBF., el día 03 de abril de 2021, fue realizada una conciliación donde se acordó que la custodia y cuidado personal de PAZ MONTERO ESPINOSA sería ejercida por su progenitor SANDY MONTERO,

El **JUZGADO CUARTO DE FAMILIA NEIVA**, a pesar que no fue vinculada, informa que por reparto del 04 de marzo de 2021, les correspondió la demanda de custodia y cuidado personal interpuesta por la señora YOICE SMITH ESPINOSA en representación de su hija menor contra el señor SANDY MONTERO ESPINOSA, la cual fue admitida y està pendiente de la notificación del demandado.

De acuerdo a lo anterior, no es viable acceder a lo solicitado por la accionante a través del escrito de tutela, pues según lo manifestado por la accionada y a las pruebas allegadas por cada una de las partes, se observa que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos de PAZ MONTERO ESPINOSA que cursa en el Instituto Colombiana de Bienestar Familiar, a la

fecha no se han agotada cada una de sus etapas procesales, lo mismo sucede con proceso de custodia que se adelanta en el Juzgado de Familia, lo que significa que no se han agotado los mecanismos ordinarios de protección de sus derechos, existiendo legalmente los mismos dentro de la jurisdicción ordinaria en su especialidad familia, los cuales constituyen el medio de defensa idóneo, conducente y eficaz, para la salvaguarda de los derechos objeto de amparo constitucional.

> *"(…) El juez de tutela, en razón de la autonomía de los jueces, no puede declarar la suspensión del régimen de visitas, ni el otorgamiento de la tenencia y cuidado de los hijos a cualquiera de los padres, pues es al juez de familia a quien compete decidir sobre el ejercicio de ese derecho (…)".*

Significa lo anterior que no sería viable considerar que existe vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, por parte de la entidad accionada, cuando se encuentra dentro del ámbito para adelantar este tipo de actuaciones y no se observa vulneración alguna en lo que respecta al trámite que adelanta; además siguiendo los lineamientos de los presupuestos de procedibilidad de la presente acción constitucional, de subsidiaridad y residualidad, mal haría el despacho dar un pronunciamiento anticipado, cuando la ley le ha otorgado dicha facultad a los Juzgados de familia, para resolver este tipo de asunto, pues estaría invadiendo una competencia que no le corresponde y por tal razón el Juzgado se abstiene de tutelar los derechos presuntamente vulnerados a la accionante, pues no se observa vulneración alguna por parte de la accionada, toda vez que para estos casos el instrumento idóneo de carácter ordinario es el proceso verbal.

En consecuencia el Juzgado se abstiene de tutelar los derechos presuntamente vulnerados a la actora y en su lugar, se le advierte que debe seguir prestando los medios necesarios para que el Juzgado Cuarto de Familia, pueda continuar con el trámite de la demanda verbal.

A mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva (H), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero. DECLARAR improcedente la presente acción de tutela propuesta por la señora ***JOYCE SMITH ESPINOSA LIEVANO***, por las razones expuestas.

Segundo. ADVERTIR a la accionante ***JOYCE SMITH ESPINOSA LIEVANO***, que debe seguir prestando los medios necesarios, para que el Juzgado Cuarto de Familia, pueda continuar con el trámite de la demanda verbal.

Tercero. ORDENAR notificar el presente fallo a las partes por el medio más rápido y expedito. (Art. 30 del Decreto 2591 de 1991 concordante con el art 5 del Decreto 606 de 1992).

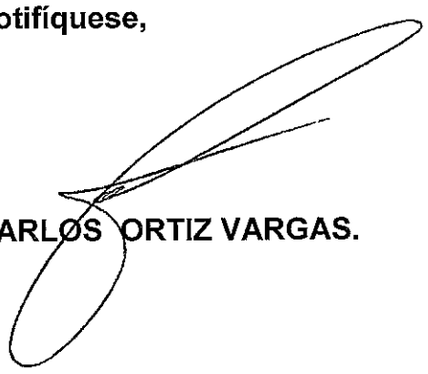
Cuarto. **ADVERTITR** a las partes que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del fallo podrá ser impugnado sin perjuicio de su cumplimiento inmediato (Art. 31 del Decreto 2591 de 1991).

Quinto. **ORDENAR** que de no ser impugnado este fallo enviarlo al día siguiente a la CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión (Inciso 1 Art. 31 del Decreto 2591 de 1991).

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva (H), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Notifíquese,

El Juez,



CARLOS ORTIZ VARGAS.

Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia