REPÚBLICA DE COLOMBIA
DISTRITO JUDICIAL DE GARAGOA
JUZGADO PRIMERO PROMISCUO MUNICIPAL

Garagoa, Boyacá, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022).

Referencia:	**ACCIÓN DE TUTELA.**
Accionante:	**HEIDY PAOLA PINTO BARRERA**
Accionada:	**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - REGIONAL BOYACÁ, CENTRO ZONAL GARAGOA**
Vinculados:	**JULIAN CASTAÑEDA SANCHEZ, LAURA HUERTAS (Psicóloga del Centro Zonal del ICBF Garagoa) y MARTHA NIÑO FERNANDEZ (Defensora de Familia Centro Zonal del ICBF Garagoa)**
Radicado:	**152994089001-2022-00061-00.**

Sentencia No. **018**

Temas. Improcedencia de la acción por falta de acreditación del requisito de subsidiariedad. Debido proceso administrativo ante el ICBF.

Procede el Juzgado a resolver la acción de tutela de la referencia dentro de la oportunidad legal pertinente.

1. **IDENTIFICACIÓN DEL TEMA DE DECISIÓN.**

Se decide en primera instancia la acción de tutela propuesta por la señora **HEIDY PAOLA PINTO BARRERA** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - REGIONAL BOYACÁ, CENTRO ZONAL GARAGOA**, por medio de la cual solicita se le protejan los derechos fundamentales al debido proceso, imparcialidad e igualdad, así como el interés superior de la niña AM CASTAÑEDA PINTO, y, en consecuencia, solicita se garanticen sus derechos antes mencionados.

Fundamentó su petitum la tutelante en los hechos que se compendian de la siguiente manera:

Aduce que es la progenitora de la menor A M CASTAÑEDA PINTO, hija también del señor JULIAN CASTAÑEDA SANCHEZ, con quien no convive hace dos años aproximadamente debido a problemas de violencia, lo que la llevó a tener que trasladarse al Municipio de Puerto Gaitán - Meta en donde encontró oportunidades laborales, narra que mientras se ubicada en este lugar acordaron con la abuela paterna de la niña que la tendría por unos días, mas sin embargo el padre desconociendo esa situación solicitó ante la entidad accionada se regulara el régimen de custodia y visitas afirmando que convive hace dos años con la menor lo que no corresponde a la realidad.

De la misma forma señala que el 2 de mayo del cursante año se llevó a cabo audiencia de conciliación en la cual se afectaron sus derechos fundamentales y los de su hija, dado que ella asistió sin apoderado mientras el señor CASTAÑEDA SANCHEZ compareció con apoderado, a quien en su banco defensivo se le sumó la defensora de familia y la psicóloga, funcionarias que desestimaron todas sus preocupaciones y se dedicaron a tratar temas personales con el togado a quien en horas de la tarde una vez se reanudó la audiencia le permitieron intervenir para exponer argumentos en su contra, en donde a la par todo lo que dijera era cuestionado, además que no se quiso escuchar sus argumentos relacionados con el maltrato físico que recibía y las razones por las cuales su hija debía estar bajo su custodia, menos se indagó para verificar la veracidad de las afirmaciones efectuadas por el solicitante de la conciliación, ni se hizo una investigación profunda para determinar si en verdad la niña quería quedarse con su padre.

Señala también que tuvo que acceder a dejar a su niña con su padre a pesar de que esta persona no le permite hablar con ella, le corta los datos, situación en la que inclusive interfiere la pareja actual del señor Castañeda, dado que no le quieren comunicar a la menor. Como consecuencia de ello dice solicitó copia de los documentos por medio de los cuales se tomaron las decisiones, encontrando documentación en la cual encuentra que se han alterado algunas fechas, así como se ha encontrado con la sorpresa que el 23 de mayo llamaron al progenitor para entrevistarlo con el fin de presentar la demanda de custodia sin que a ella la tengan en cuenta para nada, actuaciones todas estas que la llevaron a través de su apoderado a radicar algunas pruebas ante el ICBF para que sean tenidas en cuenta, todas encaminadas a desvirtuar que sea cierto que su hija lleva conviviendo dos años con su padre.

2. **PROBLEMA JURÍDICO**

En el presente asunto se ha de determinar si es procedente conceder el amparo a los derechos fundamentales de la accionante, cuando no se han agotado los procedimientos legalmente previstos para reclamar la defensa de sus derechos fundamentales y los de su menor hija A. M. CASTAÑEDA PINTO.

3. **CRÓNICA DEL PROCESO O ANTECEDENTES**

3.1. Mediante providencia de fecha 10 de junio de 2022 (f. 07), se admitió la acción de tutela, se ordenó notificar de manera inmediata al accionado **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - REGIONAL BOYACÁ, CENTRO ZONAL GARAGOA**, para que en el término de dos (2) días emitiera su pronunciamiento al respecto. De otro lado, se dispuso la vinculación oficiosa de **JULIAN CASTAÑEDA SANCHEZ, LAURA HURTAS – PSICOLOGA DEL ICBF CENTRO ZONAL GARAGOA.**

3.2. **Contestaciones de los vinculados y accionadas.**

3.2.1. LAURA NATALIA HUERTAS TORO, psicóloga de apoyo del Centro Zonal de la Defensoría de Familia de Garagoa se pronunció refiriendo que

el día de la audiencia de conciliación apoyó a La Defensora de Familia leyendo las solicitudes registradas en el sistema de Información Misional – SIM, los anexos de la historia de atención a NNA y los informes de verificación, informes que se elaboraron cumpliendo las previsiones del art. 52 de la Ley 1098 de 2006, modificada por la ley 1878 de 2018, analizando las circunstancias actuales y concretas del caso, las cuales en caso de que varíen o tengan una modificación sustancial ameritaran una nueva verificación de derechos. Afirmó igualmente, que en todo caso dentro de sus competencias no está la de tomar decisión frente a quien se asigna la custodia y cuidado personal de ningún NNA, por cuanto ello le corresponde al defensor de familia, su labor se encamina dice a realizar el informe de verificación de derechos para orientar la toma de decisión del funcionario a cargo de dicha responsabilidad. Señala que en este asunto se tuvo en cuenta la opinión de la niña porque así lo dispone el art. 26 de la Ley 1098 de 2006. En relación con las fechas de 11 y 27 de mayo que aparecen en el formato que se le entregó al apoderado, dicen corresponde a la generación del formato de atención y a la modificación del formato por parte del ICBF pero no corresponde a la fecha de elaboración ni modificación de la verificación de derechos por el área de psicología, y que en todo caso no ha vulnerado ningún derecho de la aquí reclamante.

3.2.2. JULIAN CASTAÑEDA SANCHEZ, se pronunció indicando que es el progenitor de la menor AM CASTAÑEDA PINTO, que no es cierto haya sido violento con la aquí demandante y que su separación obedeció a un altercado mutuo presentado el 25 de agosto de 2020, fecha desde la cual la niña estuvo al cuidado de su señora madre. Cuenta que los únicos días que la demandante tenía su hija era al comienzo del mes cuando venía por la cuota alimentaria, y luego nuevamente la dejaba al cuidado de su abuela paterna, situación que se repitió los últimos doce meses hasta que él se trajo definitivamente la niña para Garagoa a finales de febrero del presente año época desde la cual la ingresó a estudiar. Aduce que la progenitora cuando tenía a AM CASTAÑEDA bajo su cuidado se emborrachaba y la golpeada, y no la llevaba a estudiar.

También relata que desde que la niña esta estudiando en Garagoa la acá accionante quiso llevarse la niña, petición a la cual no accedió porque ya la tenía estudiando en esta localidad, lo que lo motivó a iniciar ante el ICBF CENTRO ZONAL GARAGOA los trámites para obtener la custodia de su hija. Dice que la tutelante no tiene un lugar adecuado para cuidar de la menor, porque solo cuenta con una habitación para compartir con su actual pareja y la menor lo que le parece peligroso para su hija.

En relación con la afectación de los derechos fundamentales en desarrollo de la audiencia de conciliación, relata que es cierto acudió con su apoderado, y, que a la ahora tutelante se le informó no era necesario compareciera con un togado, más sin embargo le dieron la oportunidad de aplazar la audiencia si deseaba contar con un profesional, oportunidad que rechazó, además que allí se les informó que en todo caso lo primordial era respetar los derechos de la menor. También relata que en la mañana se abordaron fórmulas de arreglo que no fueron aceptadas por las partes, igualmente en horas de la tarde se propusieron nuevas fórmulas que no

eran de recibo para la tutelante, ante lo cual llegado el momento de cerrar la audiencia su apoderado intervino para solicitar se tuviera en cuenta la situación actual en que se encontraba la menor. Finalmente dice que logró un acuerdo el que se plasmó en el acta el cual se firmó de manera libre y voluntaria sin ninguna coacción.

Finalmente refiere que lo que lo llevó a solicitar la custodia de su menor hija AM CASTAÑEDA fue las quejas falsas que la demandante presentó en el ICBF por supuesto maltrato hacia su hija, y que en todo caso la valoración psicológica que se le realizó por la profesional del centro zonal a su hija, es la prueba que está diseñada a nivel nacional por el ICBF, en donde en todo caso fue valorada por los expertos en la materia.

Finalmente menciona que no es cierto que no le permitiera a la ahora tutelante tener comunicación con su hija, sino que en algunas ocasiones ella llamaba cuando estaba tomada, en otras llamaba muy tarde o cuando la niña ya estaba dormida, y que en todo caso su compañera actual le colabora en el cuidado de la menor y nunca la ha tratado mal.

3.2.3. LA DEFENSORA DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL DEL ICBF EN GARAGOA, contestó tanto en representación del centro Zonal de Garagoa como en el cargo de Defensora de Familia propiamente dicho. En cuanto a la primera respuesta no se tendrá en cuenta como quiera que no se aportó documento alguno que acredite se halla delegada para el efecto, en consecuencia, solo se tendrá en cuenta la respuesta emitida con el radicado 202236006000064561.

Frente a los hechos dice que los progenitores de la menor AM CASTAÑEDA PINTO, son quienes aquí han sido vinculados a la actuación, frente al tipo de relación que sostuvieron no le consta. Que en todo caso el señor JULIAN CASTAÑEDA radico solicitud SIM 16408589 solicitando fijación de custodia y visitas reglamentarias aduciendo que hace dos años tenía a la niña bajo su cuidado y crianza y requería legalizar el bienestar de la menor. Afirmó que para este evento se basó en el informe de verificación de los derechos y valoraciones de la menor, según el cual el garante de los derechos de la niña para ese momento era el progenitor como quiera que la madre no había garantizado los alimentos. Que en todo caso en la audiencia de fecha 2 de mayo del presente año la cual quedó registrada en el Acta 0000019 no se vulneraron ni los derechos de la niña AM CASTAÑEDA ni los de su progenitora, por cuanto la actuación se desarrollo de conformidad con lo previsto en el marco legal vigente, esto es ley 640 de 2001, ley 1098 de 2006 y ley 1878 de 2018.

Señala que en desarrollo de esa actuación se le informó ampliamente a la tutelante que no requería estar acompañada por apoderado frente a las actuaciones que se adelantan ante el ICBF, pero si lo deseaba o no se sentía cómoda se podía suspender la audiencia, sin embargo siempre manifestó estar de acuerdo y entender lo que allí se adelantaba, al punto de que no quiso suspender la actuación. Ante el dicho de que sus afirmaciones en la audiencia fueron desatendidas dijo no ser cierto, que incluso ante las manifestaciones de que fue víctima de violencia intrafamiliar dijo no contar ni con sentencia penal o decisión

administrativa a su favor, y en cuanto a la garantía de derechos de su hija se le explicó que el padre es garante de ellos. También aclaró que no es cierto que se hubiesen tratado temas personales con el apoderado de su contraparte, que la audiencia se suspendió a la hora de almuerzo y se continuó en horas de la tarde, que en desarrollo de la misma invitó a las partes a conciliar, les propuso fórmulas de arreglo dirigidas a garantizar los derechos de la niña AM CASTAÑEDA explicándoles su alcance, que analizaron inclusive los WhatsApp y fotos aportados, que ante la falta de acuerdo se concedió la palabra a las partes para concretar sus propuestas e inclusive luego de escuchar a la psicóloga se les permitió presentar sus alegaciones.

Que ante nuevos diálogos en esta etapa los progenitores acordaron el régimen de visitas y la obligación alimentaria, acuerdo que fue aprobado mediante el auto correspondiente; y ante la falta de acuerdo frente al tema de la custodia y cuidado personal, se establecieron obligaciones de protección en favor de la menor, asignándole la custodia a su progenitor con fundamento en la verificación de derechos previamente efectuada, disponiendo además seguimiento por parte del equipo biosocial para verificación de los compromisos adquiridos por un término de tres meses, al cabo de los cuales se tomaría la decisión de si era viable cerrar la petición.

En relación con el informe de psicología dice que no es cierto que sea somero, sino que es la valoración inicial que cumple con los protocolos establecidos para el efecto por el ICBF, que con lo actuado el día 2 de mayo se agotó el requisito de procedibilidad y es de obligatorio cumplimiento mientras un juez no decida lo contrario.

En relación con la petición de que se otorgue de forma provisional la custodia a la progenitora de la menor, aduce no es procedente porque ya se agotó el requisito de procedibilidad y debe esperarse a la sentencia judicial, y que toda la valoración probatoria frente a la discusión del tiempo que lleva la niña viviendo con su progenitor debe ser objeto de pronunciamiento judicial.

De otro lado hace referencia la mentada funcionaria a que están en comunicación desde principios de junio con el progenitor de la menor para formular la demanda de custodia respectiva, a quien se le viene consultando por ser la persona a quien en principio se le encargo la garantía de los derechos de la menor.

En conclusión, afirma que no se le ha vulnerado a la accionante ninguno de sus derechos fundamentales, que ha sido imparcial y que siempre ha buscado la primacía del interés superior y garantía de los derechos de la niña, que siempre ha respetado las formas, procesos, procedimientos y lineamientos del ICBF, por lo que solicita no acceder a las pretensiones de la demandante.

4. **COMPETENCIA**

En virtud de lo previsto en los Decretos 2591 de 1991, 1382 de 2000 y 333 de 6 de abril de 2021 de, este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela en primera instancia.

5. **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

a) **Legitimación por activa.** Se acreditó en el expediente que la señora HEIDY PAOLA PINTO BARRERA es la persona que puede verse afectada en sus derechos al debido proceso, igualdad e imparcialidad, toda vez que es la progenitora de la menor AM CASTAÑEDA PINTO de quien se otorgó de forma transitoria la custodia a su padre.

b) **Legitimación por pasiva.** Se probó igualmente que la accionada y los vinculados se hallan debidamente acreditados, en cuanto al progenitor de la nina AM contestó directamente la presente acción y frente a la psicóloga y la defensora de familia es de publico conocimiento que son las personas que intervinieron en el proceso administrativo en el Centro Zonal de esta localidad del ICBF.

6. **DECISIONES PARCIALES SOBRE VALIDEZ Y EFICACIA DEL PROCESO.**

a) Decisión parcial sobre validez del proceso. El procedimiento se ha rituado por lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 y no se observa causal de nulidad que pueda generar invalidación de lo actuado.

b) Decisión parcial sobre eficacia del proceso. Se dan los presupuestos procesales para emitir la sentencia de fondo que corresponde.

7. **TESIS DEL DESPACHO**

En relación con el problema jurídico planteado en la presente sentencia, el Despacho sostendrá que la acción de tutela no es procedente para reclamar la custodia provisional de un menor al no haberse acreditado el agotamiento del procedimiento legalmente previsto para esta actuación. Adicionalmente se sostendrá que no existe vulneración del derecho fundamental al debido proceso administrativo por parte del ICBF Centro Zonal Garagoa.

Para resolver se efectúan las siguientes

8. **CONSIDERACIONES**

8.1. **Marco Normativo**

Con el objeto de asegurar la protección inmediata de los derechos fundamentales, el artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como mecanismo procesal mediante el cual las personas

pueden exigir el respeto de sus derechos constitucionales fundamentales, tanto al Estado como a particulares, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión y, condicionado, en todo caso, a la no disponibilidad de otros medios judiciales de defensa, salvo frente al perjuicio irremediable, donde opera de manera transitoria.

En Desarrollo de las directrices impartidas por el Decreto 2591 de 1991, la Honorable Corte Constitucional ha desarrollado una serie de criterios que sirven para identificar los derechos que son susceptibles de ser amparados por vía de tutela, dentro de los cuales se halla el criterio de los derechos fundamentales por definición jurisprudencial de esa alta corporación, siendo unos de esos derechos los aquí involucrados, es decir, derecho fundamental al debido proceso administrativo e igualdad.

8.1.1 Requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela

Se tiene por sabido de vieja data con el Desarrollo de la jurisprudencia que en principio debe cumplirse con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez -como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, preceptos que sine qua non han sido tradicionalmente considerados como necesarios y deben acreditarse previamente para que el juez constitucional pueda proceder al conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de los derechos fundamentales, por vía excepcional.

8.1.2 Subsidiariedad

De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario. Por ende el principio de subsidiariedad conlleva a que dicho mecanismo de protección de derechos fundamentales solo sea procedente si se acredita que (i) no exista un medio alternativo de defensa judicial; o (ii) aunque exista, este no sea idóneo y eficaz en las condiciones del caso concreto; o (iii) sea necesaria la intervención del juez constitucional para conjurar o evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En la sentencia T-336 de 2019, la Corte Constitucional señaló sobre este principio: "Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, pese a la existencia de otro medio de defensa judicial, el examen de procedencia de la acción tutela debe ser más flexible cuando están comprometidos derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como es el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, porque, en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, el Estado les debe garantizar un tratamiento diferencial positivo. Además, porque es corresponsable junto con la familia y la sociedad, de garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

8.1.3. El debido proceso administrativo para reclamar la custodia y cuidado personal de niños, niñas y adolescentes

De igual forma para decidir en esta ocasión se traerá como precedente para fundamentar la decisión de la presente funcionaria la Sentencia T-065 de 2019 de la Corte Constitucional, en el cual se analiza un caso de similares condiciones al presente en donde se concluyó que la acción de tutela no es procedente cuando se evidencia que las vías ordinarias serían el camino eficaz y oportuno para reclamar los mismos derechos pretendidos en la acción constitucional, precedente que inclusive se basa en una solicitud similar a la aquí presentada que es la de dejar sin efecto alguno la audiencia de conciliación celebrada entre los progenitores de la la niña AM CASTAÑEDA PINTO ante la Defensoría de Familia del Centro Zonal del ICBF en esta localidad, dicho precedente es ilustrativo acerca del procedimiento que debe cumplirse en casos como el acá analizado, cual es el papel del Defensor de Familia, cual es el procedimiento legalmente previsto para reclamar la custodia y cuidado de niños, niñas y adolescentes.

> "Mecanismos de defensa administrativos y judiciales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano para decidir respecto de la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes
>
> 9. En lo que tiene que ver con la fijación de la custodia, el cuidado personal y el régimen de visitas y alimentos de los niños, niñas y adolescentes, los artículos 23° y 24° del Código de la Infancia y de la Adolescencia establecen, respectivamente, que todos los menores de edad "tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales" y que, en ese sentido, "tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes (...)". En desarrollo de lo anterior, el legislador estableció mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones paternas relacionadas con la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.
>
> 10. En ese sentido, un primer mecanismo es el contenido en el artículo 31° de la Ley 640 de 2001 , en tanto que esta norma establece que los asuntos de familia pueden ser conciliados ante "los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios". Particularmente, el artículo 82.8 del Código de la Infancia y de la Adolescencia establece que a los Defensores de Familia les corresponde "promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente".
>
> 11. En todo caso, estas conciliaciones extrajudiciales finalizan con un acta que, en los casos en los cuales se fija el régimen de custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, no hace tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, cualquiera de los progenitores, frente a un cambio en las condiciones acordadas o ante una inconformidad, podrá solicitar que se realice nuevamente una diligencia, con la finalidad de pactar las situaciones que se derivan de la tenencia y el cuidado de los menores de edad.
>
> 12. Ahora bien, el legislador también estableció un proceso judicial mediante el cual se puede resolver lo relativo a la custodia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, es posible encontrar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Código General del Proceso , cualquiera de las partes puede llevar la controversia ante un Juez de Familia que, mediante

sentencia de única instancia y a través de un proceso judicial verbal sumario, resolverá respecto de las pretensiones presentadas.

13. En efecto, el artículo 21° de la norma antes citada establece que corresponde conocer a los jueces de familia, en única instancia, "(...) 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios (...)". En ese mismo sentido, el numeral 3° del artículo 390 refiere que se tramitarán mediante proceso verbal sumario "las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en este y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes". Con anterioridad a la vigencia de la citada norma, tanto el Decreto 2272 de 1989 , como el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, reglamentaban este tipo de procesos judiciales. Sin embargo, es necesario advertir que, previo al pronunciamiento judicial, existe la carga de acudir a la conciliación sobre este tema, en los términos del artículo 40 de la Ley 640 de 2001 .

14. Al respecto, se pronunció esta Corte en la sentencia C-718 de 2012, providencia mediante la cual estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los literales (d) y (h) del artículo 5° del Decreto 2272 de 1989, referidos a la competencia de los jueces de familia para conocer en única instancia de los procesos de custodia, cuidado personal y visita de los menores de edad. En esa oportunidad, la Sala Plena consideró que las disposiciones enjuiciadas eran exequibles, en la medida en que hacían parte del margen de configuración del legislador en la materia. Empero, se advirtió que, pese a que las decisiones judiciales sobre la custodia, el cuidado personal y el régimen de visitas de los menores de edad no pueden ser apeladas, lo cierto es que, por tratarse de un proceso de jurisdicción voluntaria, éstas no hacen tránsito a cosa juzgada material y, en esa medida, el juez de instancia mantiene su competencia y puede modificar la sentencia .

15. En todo caso, esta Corte ha sostenido que el proceso judicial de fijación de custodia y cuidado personal deberá garantizar el debido proceso de cada uno de los interesados y, en ese orden de ideas, este escenario se convierte en un "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" . En estos trámites corresponde a las autoridades judiciales "analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar" .

16. Es importante resaltar que tanto en la diligencia de conciliación extrajudicial que puede ser adelantada ante los Defensores de Familia adscritos al ICBF, así como en el proceso judicial, se deberá velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, esta Corte ha considerado que son esas autoridades quienes, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, "son los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor" .

17. Todo lo anterior, sin perjuicio de las demás medidas de protección y restablecimiento de derecho en favor de los menores de edad que, según se estableció en el Código de Infancia y de Adolescencia , buscan restaurar la dignidad e integridad de los niños, de las niñas y de los adolescentes. Estas facultades legales contemplan la adopción de las siguientes posibilidades: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a cursos pedagógicos; (ii) el retiro inmediato del niño, niña y adolescente de la actividad que amenace, vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en las que se pueda encontrar; (iii) su ubicación inmediata en un nuevo medio familiar o en centros de emergencia -en los casos en los que proceda la ubicación en los hogares de paso-; (iv) la adopción; (v) cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y; finalmente, (vi) la posibilidad de promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

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.

19. En ese sentido, en la sentencia T-968 de 2009, la Sala de Revisión consideró que, excepcionalmente, la acción de tutela procede cuando "el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor (...)". En igual sentido, en la sentencia T-884 de 2011, esta Corte concluyó que, si bien en principio la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa de la competencia del juez constitucional, puesto que en el ordenamiento jurídico existen trámites administrativos y judiciales idóneos, a través de los cuales se puede desatar este 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, lo cierto es que "en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o sicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional".

20. Así, es posible concluir que para efectos de definir lo que tiene que ver con la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, el legislador plasmó mecanismos ordinarios de carácter administrativo y judicial a los cuales se puede acudir para que, en el marco de un debido proceso y en atención al interés superior de los menores de edad, se fije todo lo relacionado con esas garantías. Sin embargo, ello no es óbice para que, en el caso de presentarse una acción de tutela, el juez constitucional determine si, en ese caso en concreto, esos medios de defensa existentes en el ordenamiento jurídico no son eficaces, en atención a la gravedad de la afectación de los derechos de los niños."

9. **EL CASO EN CONCRETO**

En el asunto que ocupa la atención del Despacho, se considera que no se ha acreditado el requisito de subsidiaridad y/o la existencia de una situación que acredite un perjuicio irremediable que conllevaran a que de forma excepcional por vía de decisión de tutela se amparen los derechos fundamentales de la señora HEIDY PAOLA PINTO BARRERA O DE LA MENOR A M CASTAÑEDA PINTO. En efecto lo que se evidencia es que la accionante cuanta con una vía expedita y eficaz para reclamar que se le asigne la custodia y cuidado personal de la infante.

El procedimiento sometido al control por vía de tutela es la actuación adelantada en desarrollo de la audiencia de conciliación prejudicial que se celebró entre los progenitores de AMCP el pasado 2 de mayo, procedimiento que se considera cumple con los preceptos básicos contemplados en la ley 640 de 2001 y las disposiciones pertinentes del Código de Infancia y Adolescencia.

Como lo indican las normas pertinentes y la jurisprudencia aquí citada el procedimiento por excelencia para reclamar este tipo de pretensiones, es un verbal sumario ante el juez de familia del domicilio del lugar donde habita el menor, demanda que en todo caso requiere que como requisito de procedibilidad y admisibilidad previamente se agote la conciliación entre las partes como aquí ocurrió, audiencia en la cual de conformidad con la lectura de la misma y lo informado por las mismas partes se colige no se llegó a un acuerdo entre los padres frente a quien asumiría la custodia y cuidado personal de la niña.

Así entonces si no se conciliò este aspecto, lo obvio es que sus padres, ya sea por conducto del ICBF Centro Zonal Garagoa o por intermedio de su apoderado formulen la demanda correspondiente ante el juez de familia de esta localidad.

No amerita la intervención oficiosa del juez constitucional en esta ocasión, dado que no se observa que los derechos fundamentales de la niña se hallen amenazados o vulnerados, por cuanto la custodia de forma provisional le fue asignada a su progenitor atendiendo las funciones que le asigna la Ley 1098 de 2006 al Defensor de Familia especialmente el artículo 52, parágrafo tercero, funcionario quien fijó las obligaciones provisionales frente a la custodia en cabeza del padre de la menor (dada su condición de garante). Si la aquí tutelante una vez convocada a audiencia de conciliación por solicitud de su excompañero, no logró llegar a un acuerdo conciliatorio en relación con el aspecto específico de la custodia y cuidado personal, no podía finalizarse la actuación aquel día por parte de la Defensora de Familia sin adoptar decisión provisional frente a la custodia de la niña, dado que su función es velar por el interés superior de la menor, debiendo obligatoriamente adoptar una decisión en pro de los intereses de la misma, eso si teniendo en cuenta las pruebas hasta allí obrantes en la actuación administrativa, en este caso tales como whatsaap, fotos, informe de valoración psicológica de restablecimiento de derechos entre otros. No se observa que sea una decisión amañada ni que la menor haya sido sustraída del seno de su hogar, lo que se evidencia es que fue dejada a cargo de la persona con la que en los últimos meses comparte su diario vivir y hasta tanto la justicia ordinaria decida en cabeza de quien se deja la custodia y cuidado personal.

Lo que se evidencia fue conciliado en aquella oportunidad es el régimen de visitas y el suministro de alimentos, pero nada se acordó en relación con el aspecto relativo a la custodia y cuidado personal, motivo por el cual la Defensora de Familia tenía que adoptar decisión de oficio.

Ahora bien, se pregona por la aquí tutelante que en desarrollo de la audiencia no se le tuvo en cuenta lo afirmado por su parte, frente al tiempo que dijo el señor CASTAÑEDA SANCHEZ convivía con la niña, como tampoco se tuvo en cuenta que había sido agredida con anterioridad por su excompañero; estos argumentos son vanos en torno al tema central que se ventila en esta actuación, de un lado por cuanto los episodios de violencia intrafamiliar que dice le afectaron a ella directamente deben ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial competente, Fiscalía General de la Nación, no era dentro del proceso administrativo relativo a la fijación de custodia de su menor hija que debían atenderse; y además porque en todo caso la contradicción de las pruebas tendientes a acreditar el tiempo de convivencia que lleva la niña con su padre y su abuela paterna debe ventilarse dentro del proceso judicial propiamente dicho, lo cierto es que para la fecha de la audiencia la niña convivía con su padre, que meses anteriores había estado bajo el cuidado de su abuela paterna, y que con la prueba obrante para aquel entonces en el expediente la Defensora de Familia del Centro Zonal de Garagoa le asignó la custodia a su progenitor provisionalmente.

Ahora bien, la demandante si no estaba de acuerdo con la decisión provisional adoptada por la Defensora de Familia de asignar la custodia de su menor hija al progenitor contaba con dos alternativas; la primera atendiendo lo previsto en el art. 52 parágrafo 3 de la ley 1098 de 2006, solicitar dentro de los cinco días siguientes que se presentara la demanda

ante el juez competente, en este caso el juez de familia de esta localidad; o, como cuenta con apoderado actualmente, presentar por su cuenta directamente la demanda (eso si ejerciendo el derecho de postulación), esto si no presentó solicitud ante la defensora de Familia en tiempo, o si lo prefiere de forma independiente. Como se advierte de la prueba aquí traída que únicamente hasta el 9 de junio del cursante año el apoderado de la accionante (en el trámite administrativo) presentó ante la Defensoría de Familia del ICBF Centro Zonal Garagoa la petición de demanda por no estar de acuerdo con la fijación de la custodia provisional, esta se efectúo fuera de los términos legalmente previstos, sin embargo, a pesar de ello la Defensora de Familia la ha venido teniendo en cuenta y afirma en esta actuación que la demanda está en elaboración, eso si teniendo en cuenta la información que le ha venido entregando el progenitor de la niña porque es quien tiene actualmente a cargo a la pequeña.

Lo que se evidencia acorde al material probatorio aquí arrimado, es que en la actualidad la Defensora de Familia esta recogiendo la información necesaria para formular la demanda correspondiente, pero si la tutelante no está conforme con ello, válidamente puede formular su demanda independiente. Sin embargo se prevendrá a l funcionaria antes mentada para que dé prelación a esta actuación administrativa y en el menor tiempo posible incoe la demanda ante el Despacho judicial correspondiente.

Es evidente que el procedimiento ordinario resulta idóneo y eficaz para que de fondo se resuelva lo que corresponde por el juez de conocimiento, a través del procedimiento verbal sumario, nulitar como lo pretende la demandante una actuación desplegada en desarrollo de una conciliación extrajudicial iría aún más en perjuicio del interés superior de la niña, porque conllevaría a adelantar nueva audiencia para agotar requisito de procedibilidad, más tardanza para formular la demanda ante el juez competente, amen que en torno al procedimiento agotado para cumplir con el requisito de procedibilidad como se ha venido sosteniendo no se evidencia ninguna irregularidad sustancial que llevara al traste con la actuación.

Así entonces, no se accederá a las pretensiones de la parte demandante y se denegará el amparo solicitado.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Garagoa, Boyacá, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR por improcedente la acción de tutela formulada por la señora HEIDY PAOLA PINTO BARRERA por las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia.

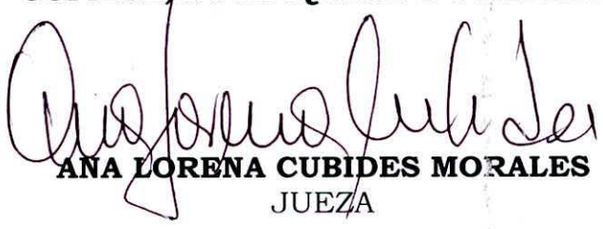
SEGUNDO.- Prevéngase en todo caso a la Defensora de Familia del Centro Zonal del ICBF en esta localidad para que de manera prioritaria formule la demanda correspondiente ante el Juzgado Promiscuo de Familia de esta localidad.

TERCERO.- Notifíquese a las partes lo aquí decidido, conforme lo dispone el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO.- En caso de no ser impugnada la presente providencia en el término de ley, **remítase** el expediente de forma electrónica a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, dando cumplimiento al acuerdo PCSJA20-11594 del Consejo Superior de la Judicatura.

Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional archívese dejando las constancias de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ANA LORENA CUBIDES MORALES
JUEZA