

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil veintitrés (2023). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2023-00410**, informando que, la accionada, la Defensoría de Familia Salitre Grecco, dio respuesta al requerimiento efectuado, mientras que, el Centro Zonal Revivir del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, guardaron silencio, y a la fecha se encuentra para resolver la presente **ACCIÓN DE TUTELA**. Sírvase proveer.

FABIO EMEL LOZANO BLANCO

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., siete (7) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

I. ANTECEDENTES

El señor Javier Emilio Bernal Páez, actuando como agente oficioso del menor RRBP, interpuso acción de tutela en contra del Centro Zonal Revivir del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y la Defensoría de Familia Salitre Grecco, por la presunta vulneración de su derecho fundamental a la familia, la intimidad, la comunicación y el desarrollo integral del menor.

Como sustento de sus aspiraciones, en lo que es de interés para la presente acción, informó que el 10 de septiembre de 2023 el Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco decretó medida de protección a favor del menor RRBP, debido a que funcionarios de la Policía Nacional lo encontraron vendiendo bolsas de basura en el sector de Chapinero.

Que el menor RRBP es hijo de Mirla Rosa Bouriyu Pushaina, identificada con cédula de ciudadanía 1.124.025.332 de Uribía, la Guajira, quien reside allí y ostenta la condición de madre cabeza de familia de 6 menores de edad. Mencionó que, la señora Bouriyu Pushaina le encomendó el cuidado, custodia y seguridad del menor RRBP en la ciudad de Bogotá.

Añadió que, el menor RRBP no comercializa bolsas, lo hizo el 10 de septiembre de 2023 con intención de poder enviarle dinero a su madre y ayudar a sus 5 hermanos de manera voluntaria y sin previo aviso. Que, al momento de los hechos el menor se comunica telefónicamente a contarle lo sucedido, por lo que se dirige al Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco con la

finalidad de recibir información, sin embargo, una funcionaria le comunica que no es posible ya que no es el padre o familiar del menor, por tanto, debe contar con una autorización de los padres para brindarle la información requerida.

El 4 de octubre de 2023, aportó poder autenticado ante el Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco, conferido por la señora Mirla Rosa Bouriyu Pushaina, el cual transcribe "*Téngase entonces presente CENTRO ZONAL REVIVIR, al señor JAVIER EMILIO BERNAL PAEZ, para que realice todas las gestiones pertinentes que tengan que ver con mi hijo, de igual manera queda facultado para solicitar la fijación de visitas*".

Finalmente, señaló que al 27 de octubre de 2023 no ha podido ver al menor RRBP, no sabe cómo se encuentra y que el Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco no responde sus requerimientos, razón por la cual se le están vulnerando los derechos de la familia, intimidad, comunidad y desarrollo integral al menor RRBP.

Atendiendo los argumentos ya expuestos, solicitó:

1. Se amparen los derechos fundamentales del menor de edad RRBP.
2. Se ordene al Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco, permitirle ver al menor RRBP en el lugar y horario que lo disponga y garantizar el derecho de comunicación, contacto con familiares, conocidos o con la persona a cargo del menor.

Como anexo de la solicitud de tutela, fue aportado:

1. Copia del documento Poder, dirigido al Centro Zonal Revivir – Defensoría Familiar Salitre Grecco otorgado a Javier Emilio Bernal Páez por parte de Mirla Rosa Bouriyu Pushaina.
2. Copia del documento Poder autenticado, dirigido al Centro Zonal Revivir – Defensoría Familiar Salitre Grecco otorgado a Javier Emilio Bernal Páez por parte de Mirla Rosa Bouriyu Pushaina.
3. Copia del documento Poder autenticado con sello de radicación del Bienestar Familiar, dirigido al Centro Zonal Revivir – Defensoría Familiar Salitre Grecco otorgado a Javier Emilio Bernal Páez por parte de Mirla Rosa Bouriyu Pushaina
4. Copia del documento de identificación cédula de ciudadanía 19.454.426 del señor Javier Emilio Bernal Páez.
5. Copia del documento de identificación contraseña de la señora Mirla Rosa Bouriyu Pushaina, duplicado CC 1.124.025.332.
6. Copia del documento de identificación tarjeta de identidad del menor de edad RMP.

7. Copia del documento de manifestación de agente oficioso, dirigida al Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, suscrita por Javier Emilio Bernal Páez.
8. Copia del documento derecho de petición dirigido al Centro Zonal Revivir – Defensoría Familiar Salitre Grecco, suscrita por Javier Emilio Bernal Páez.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

A través de la providencia emitida el 30 de octubre de 2023 se inadmitió la presente acción de tutela y se requirió al accionante aclarar la calidad en la que presentó la acción de tutela y se dispuso un término de 3 días. En auto del 3 de noviembre de 2023 se admitió la tutela de la referencia y se requirió a las accionadas y la vinculada, con el fin de que rindieran un informe detallado sobre los hechos y pretensiones contenidas en el escrito a través del cual se ejerció aquella

la **Defensoría de Familia Salitre Grecco**, adscrita al Centro Especializado Revivir del ICBF, el 3 de noviembre de 2023, respondió informando que, *la Historia de Atención SIM 13845382 a favor del NNA RBP DE 12 AÑOS DE EDAD, fue trasladada a la defensoría especializada en la atención de los NNA con enfoque diferencial ubicada en la regional Bogotá del ICBF, el 8 de septiembre de 2023 y direccionada por el Coordinador de este Centro a dicho lugar, el 4 de octubre de 2023. Por lo anterior, esta autoridad administrativa perdió competencia para actuar en dicho proceso.*

Respecto del **Centro Zonal Revivir del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar** y el **Instituto Colombiano del Bienestar Familiar**, pese a haberse notificado en debida forma y superado ampliamente el término de traslado, guardaron silencio.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Con el fin de emitir la decisión relativa a la solicitud de tutela objeto de análisis, deberá darse respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Vulneró el Centro Zonal Revivir del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y la Defensoría de Familia Salitre Grecco los derechos fundamentales a la familia, la intimidad, la comunicación y el desarrollo integral del menor, de los que es titular el menor de edad RBP, al no permitirle el contacto con la persona quién manifiesta tenerlo a cargo?

IV. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1° del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente

acción constitucional.

2. De la acción de tutela y el requisito de subsidiariedad.

La acción de tutela fue instituida en la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, esta se encuentra reglamentada por los Decretos 2591 del 19 de noviembre de 1991 y 306 del 19 de febrero de 1992, como medio de defensa judicial, que contiene un procedimiento preferente y sumario al cual se acude a fin de lograr la protección concreta e inmediata de los derechos fundamentales cuando estos sean vulnerados, ya sea por acción u omisión o cuando se presente amenaza de violación; eventualmente se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Esta sucinta descripción de la acción de tutela, comprende aspectos teóricos que habilitan su procedencia ante la jurisdicción constitucional, como sucede con la legitimación en causa por activa, la subsidiariedad, la inmediatez y la relevancia constitucional sobre el asunto sometido a estudio. Esto, porque los elementos fundantes de la acción de tutela deben ser analizados singularmente, en vista de que el mecanismo contemplado en el artículo 86 constitucional no puede asimilarse como una herramienta destinada a resolver todo tipo de conflictos jurídicos planteados en cualquier circunstancia de tiempo y modo, ya que se desfiguraría la vocación excepcional y de protección inmediata del recurso de amparo constitucional.

A continuación, debe el Despacho reiterar los lineamientos normativos y jurisprudenciales acerca de la procedencia de la tutela, observando que el Decreto 2591 de 1991 estableció:

"Artículo 6º: Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

2. Cuando para proteger el derecho se pueda invocar el recurso de hábeas corpus.

3. Cuando se pretenda proteger derechos colectivos, tales como la paz y los demás mencionados en el artículo 88 de la Constitución Política. Lo anterior no obsta, para que el titular solicite la tutela de sus derechos amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable

4. Cuando sea evidente que la violación del derecho originó un daño consumado, salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto". (Negrillas fuera de texto).

Es así que, debe memorarse que la jurisprudencia constitucional¹, ha señalado que en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser resueltos por las vías ordinarias, y sólo ante la ausencia de éstas o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional, pues "permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos"², argumentos que atienden a la necesidad de preservar el reparto de competencias a las diferentes autoridades judiciales, lo cual tiene apoyo en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

En punto del referido principio, se impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se entiende que antes de acudir a este mecanismo excepcional, la parte accionante debe actuar con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios y administrativos, pues ante la falta injustificada de ello, decae en la improcedencia del mecanismo constitucional, como quiera que ésta no debe ser considerada como una instancia adicional o un mecanismo que reemplace a los ordinarios, por lo que para que proceda, se deben reunir los siguientes presupuestos:

- (i) Una afectación inminente del derecho*
- (ii) La urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable*
- (iii) La gravedad del perjuicio*
- (iv) El carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo.*

En desarrollo del principio bajo estudio se memoró en sentencia C-132 de 2018 que la acción de tutela no puede reemplazar las vías ordinarias:

"Más recientemente, en la sentencia T-1008 de 2012, esta Corporación estableció que, por regla general, la acción de tutela procede de manera subsidiaria y, por lo tanto, no constituye un medio alternativo o facultativo que permita complementar los mecanismos judiciales ordinarios establecidos por la ley. Adicionalmente, la Corte señaló que no se puede abusar del amparo constitucional ni vaciar de competencia a la jurisdicción ordinaria, con el propósito de obtener un

¹ Entre otras, las sentencias T-063 de 2013 y T-375 de 2018.

² Sentencia T-603 de 2015.

pronunciamiento más ágil y expedito, toda vez que éste no ha sido consagrado para reemplazar los medios judiciales dispuestos por el Legislador para tales fines.

Las sentencias T-373 de 2015 y T-630 de 2015 sirvieron luego para que la Corte reiterara que ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, el afectado debe emplearlos de forma principal y no utilizar directamente la acción de tutela. En consecuencia, una persona que acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer del asunto dentro del marco estructural de la administración de justicia”.

Además, debe acentuar esta Juzgadora que las vías ordinarias a que refiere el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 no sólo hacen referencia a las vías jurisdiccionales, sino que también comprende las vías administrativas, como se ha sostenido, entre otras, en la sentencia T-480 de 2011.

Sumado a lo anterior, la sentencia T-426 de 2019 abordó la procedencia excepcional de la acción de tutela bajo la lupa de la ineficacia de los medios ordinarios y la acreditación de un perjuicio irremediable, atendiendo los presupuestos que permiten la consolidación del mismo:

"Sin embargo, en virtud de lo establecido en las mismas normas referidas, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) este no es idóneo ni eficaz, o (ii) "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.

En el primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado. Por el contrario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que un medio de defensa no es idóneo cuando este no ofrece una solución integral y no resuelve el conflicto en toda su dimensión constitucional. En caso de que no ofrezca una protección completa y eficaz, el juez puede conceder el amparo constitucional de forma definitiva o transitoria según las circunstancias particulares que se evalúen.

*Con respecto al segundo supuesto, esta Corporación ha establecido que el perjuicio irremediable se presenta "cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad." Respecto a sus características esenciales, en primer lugar, el daño debe ser **inminente**, es decir, que esté por suceder y no sea una mera expectativa ante un posible perjuicio, aunque el detrimento en los derechos aún no esté consumado. Segundo, las medidas necesarias para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable deben ser **urgentes y precisas** ante la posibilidad de un daño **grave**, el cual es evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Finalmente, se exige que la acción de tutela sea impostergable, para que las actuaciones de las autoridades públicas o particulares del caso respectivo sean eficaces y puedan asegurar la debida y cabal protección de los derechos fundamentales comprometidos".*

Bajo el anterior mandato, se debe recalcar que no existe ninguna presunción acerca de la ineficiencia de las vías ordinarias al momento de resolver los conflictos cuya competencia detentan. Por el contrario, la Corte expuso en la sentencia T-246 de 2018 que las vías ordinarias resultan igualmente eficaces al momento de proteger los derechos de los ciudadanos:

"De igual manera, tratándose de solicitudes que buscan el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, la Corte Constitucional de manera reiterada, ha sido enfática en disponer que las acciones ante la jurisdicción ordinaria también constituyen mecanismos idóneos para su amparo".

En relación con los casos puntuales del derecho de familia y el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, la Corte Constitucional, en sentencia T-675 de 2016, ha exaltado la preponderancia que detentan los comisarios, defensores y jueces de familia para regular los asuntos relacionados con la custodia, cuidado personal y regulación de visitas, debido a que la razón de ser de este esquema de protección de infancia y adolescencia es precisamente evacuar este tipo de temáticas. Así lo describió el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción:

"Los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Corte, puede ser utilizada ante la violación o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho o, iii) que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, esta Corporación ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que, en abstracto, cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por tal motivo, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena e inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada caso.

En asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

3. Caso en concreto.

Descendiendo al caso en concreto, es posible evidenciar que los hechos que suscitaron el ejercicio de la acción de tutela objeto de análisis, se encuentran relacionados con la imposibilidad de que el señor Javier Emilio Bernal Páez pueda tener contacto con el menor de edad RBP quien se encuentra en custodia del Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco debido a una medida cautelar.

En este punto es necesario mencionar que, pese a habersele notificado en debida forma a la accionada y a la vinculada, en consecuencia, requerido a través de la providencia emitida el 3 de noviembre de 2023, con el fin de que ejecutaran la actividad a la que se refiere el artículo 19 del Decreto Ley 2591 de 1991, Centro Zonal Revivir del Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar no presentaron el informe al que se alude en tal norma.

Así pues, la situación descrita constituye el supuesto de hecho necesario para dar aplicación a los mandatos contenidos en el artículo 20 del Decreto Ley 2591 de 1991, en cuyo aparte pertinente de forma expresa se señala:

“PRESUNCION DE VERACIDAD. *Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrara a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”.*

Sin embargo, resulta pertinente señalar que la Corte Constitucional ha pretendido precisar aquellas reglas que resultan aplicables para realizar análisis en torno a la posible afectación del derecho de los niños a no ser separados de su familia. Al respecto, en la sentencia T-768 de 2013, de forma expresa

destacó:

2.4.5. Con base en lo expuesto, la Corte Constitucional en la sentencia T-502 de 2011, hizo una revisión de las sentencias de esta Corporación que fijan reglas sobre el derecho de los niños a no ser separados de su familia y sobre la presunción a favor de la familia biológica. A continuación, se traerá a colación algunos de sus argumentos:

...

Relató la sentencia T-887 de 2009 que la Corte ha sido muy enfática en advertir que para determinar el nivel de protección que el Estado debe proporcionar, así como la forma en que ésta puede darse, se requiere analizar las circunstancias singulares y particulares de cada caso específico. Además, de manera reiterada ha insistido la jurisprudencia constitucional en que alegar la intervención estatal con el argumento de que los padres o familiares carecen de suficientes recursos económicos y nivel de educación, resulta por entero inadmisibles y puede implicar, más bien, un trato discriminatorio.

Igualmente, la Corte, en sentencia T-510 de 2003, determinó ciertas circunstancias que no son suficientes, en sí mismas, para separar a un niño de su familia. Veamos:...así sucede, por ejemplo, en los casos en que la familia biológica es pobre, o cuando sus miembros no cuentan con educación básica, o en los que alguno de sus integrantes ha mentado ante las autoridades con el fin de recuperar al menor, o cuando alguno de los padres o familiares tiene mal carácter (sin haber incurrido en abuso frente al menor, o en alguna de las circunstancias constitutivas de violencia intrafamiliar). Ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los niños. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando –entre otras– si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño”. (Subrayado en el texto).

Siguiendo los criterios ya descritos, la misma corporación en la sentencia T-336 de 2019, estableció algunas reglas relativas al mismo asunto, determinando la posibilidad de limitar la protección que se concede en relación a la prerrogativa reconocida a los niños a tener una familia y no ser separados de ella, por lo que indicó que:

Sin embargo, también ha establecido que esa protección no es absoluta,

puesto que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella" no radica en la subsistencia nominal o aparente de un grupo humano (padres titulares de la patria potestad) sino que implica la integración real del menor en un medio propicio para su desarrollo, que presupone la presencia de estrechos vínculos de afecto y confianza y que exige relaciones equilibradas y armónicas entre los padres y el pedagógico comportamiento de éstos respecto de sus hijos".

En efecto, en sentencia T-510 de 2003 la Corte Constitucional detalló las pautas para la determinación en este sentido, así:

"3.2.4. Sobre el particular, la Sala enfatiza que al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se han de tener en cuenta distintos tipos de circunstancias y razones que, dependiendo de su relevancia para el bienestar del menor individualmente considerado, serán más o menos determinantes de la decisión a tomar.

3.2.4.1. Así, en primer lugar, existen hechos cuya simple verificación es motivo suficiente para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, dada su gravedad; tal es el caso de (a) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud del menor, (b) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia, y (c) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Carta ordena proteger a los niños: "serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos".

*3.2.4.2. En segundo lugar, existen circunstancias que pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección que separe a un menor de su familia, pero que no tienen la misma fuerza determinante del primer tipo de razones. En esta segunda categoría se incluyen todos aquellos hechos o situaciones que pueden constituir indicadores fuertes sobre la ineptitud de un cierto grupo familiar, pero que también pueden estar justificados por consideraciones en pro del menor, dadas las circunstancias del caso en concreto: **por ejemplo**, el hecho de haber entregado al niño en adopción o de haber delegado el **cuidado diario de un menor de edad en personas distintas de sus padres**. (Negrilla fuera de texto).*

Tales criterios los reiteró la Corte Constitucional en la sentencia T-116 de 2023, en la que destacó la importancia del análisis específico con el fin determinar la posibilidad de limitar el derecho de los niños a tener una familia, y aquellas circunstancias que pueden suscitar una decisión de tal carácter y señaló:

*... 67. De manera más sistemática la Sentencia T-510 de 2003 diferenció entre una serie de hechos que (i) son suficientes para decidir en contra de la ubicación de un niño en determinada familia, como la violencia física, sexual o psicológica; (ii) **pueden constituir motivos de peso para adoptar una medida de protección, dependiendo***

del caso, como haber delegado el cuidado a personas distintas a los padres; o (iii) no son suficientes para adoptar la decisión de separar a un niño de su familia, como ocurre ante un contexto de pobreza y carencias materiales. Cabe destacar que estas categorías no suponen un listado exhaustivo ni taxativo, y deben valorarse caso a caso. (Negrilla fuera de texto).

...

71. Aunque es posible que en algunos casos las valoraciones técnicas no sean concluyentes o incluso puedan resultar contradictorias entre sí, toda decisión sobre el ejercicio de los derechos de los niños y niñas deberá tomar en cuenta los dictámenes de especialistas y valorarlos razonablemente. Toda esta información, al final, debe ser evaluada de forma crítica, conjunta y ponderada para el caso concreto, como lo reconoció el ICBF en su intervención ante la Corte.

72. Ejemplos de la jurisprudencia. Se ha dicho ya que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes debe valorarse caso a caso, por lo que no hay un proceso exactamente igual al anterior. Pese a esto, la jurisprudencia ofrece ejemplos relevantes de la manera cómo el juez constitucional ha abordado estos difíciles asuntos, reconociendo un margen de apreciación a las autoridades administrativas o judiciales competentes, pero también invalidando aquellas decisiones que carecen de un sustento suficiente o que apelan a tesis inadmisibles dentro de un Estado social y democrático de derecho.

...

76. Por último, en Sentencia T-536 de 2020 la Sala Octava de revisión estudió la tutela interpuesta en nombre de una niña indígena, luego de que el ICBF ordenara la separación de la persona que tuvo su custodia provisional durante tres años. Contrario a la solicitud de la agente oficiosa, la Sala Octava estimó que la referida medida no resultaba irrazonable ni carente de fundamento. Lo anterior por cuanto que el Defensor de Familia pudo corroborar que: (i) en los últimos meses que la cuidadora tuvo la custodia de la menor de edad existieron confrontaciones entre ésta y la progenitora, que sobrepasaron las agresiones verbales para llegar a las físicas, arriesgando la integridad emocional de la niña; y (ii) que la cuidadora modificó su municipio de residencia con la finalidad de evitar el contacto de la niña con su familia biológica, a pesar de que el ICBF no había otorgado una orden de alejamiento. Asimismo, (iii) consideró que la cuidadora ya no era garante de los derechos de la niña en tanto que la exponía al "síndrome de alienación parental"; por lo que la cuidadora realmente no buscaba garantizar el interés superior de la niña. De todos modos, la sentencia ordenó al ICBF visitar sin previo aviso la residencia del abuelo que quedó a cargo de la niña durante el año siguiente para comprobar el estado en el que se encontraba la menor de edad.

Dicho esto, es pertinente precisar que, si bien el Centro Zonal Revivir y el Instituto Colombiano de Bienestar Familia no remitieron informe a este Despacho, del escrito de la acción de tutela se pudo observar que la medida fue decretada después de que la Policía Nacional hubiese encontrado al menor

RBP comercializando bolsas de basura en las calles de Chapinero en la ciudad de Bogotá. Situación que, se puede interpretar de la jurisprudencia citada como un criterio bajo el cual se permite adoptar la decisión de separar a un niño de su familia e implementar medidas de protección como garantía de la protección de los niños, niñas y adolescentes.

De igual forma, la Corte Constitucional en lo que respecta a las visitas del menor de edad mencionó que están sujetas a un proceso administrativo de parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familia en pro de garantizar el bienestar del menor de edad. Del mismo modo, dentro de este proceso se determinará si el poder aportado por el accionante lo faculta para tener contacto con el menor RBP, siendo este un debate que no procede a través de este mecanismo.

Así las cosas, se puede dilucidar que el juez de tutela no es el llamado a ventilar, de primera mano, los asuntos que atañen a la custodia, cuidado personal, regulación de visitas de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que la protección de la infancia y adolescencia recae, inicialmente, en las autoridades administrativas y judiciales que componen la jurisdicción ordinaria; máxime cuando estas entidades cuentan con apoyo permanente de otras disciplinas que facilitan una posición omnicomprensiva frente a las medidas que se requieren para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

A su vez, permite un análisis más profundo frente a la situación social, económica, cultural, afectiva y emocional de los menores y, desde luego, garantiza de forma íntegra sus derechos fundamentales, por lo que no se le puede restar idoneidad de forma abstracta a los medios ordinarios ya referenciados.

Ahora, frente a la subsidiariedad de la acción de tutela, solo falta detenernos en lo atinente al perjuicio irremediable. En este punto, se considera que las especiales y urgentes medidas con que cuentan los integrantes del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, permiten conjurar de manera inmediata cualquier amenaza a un derecho fundamental de un menor. Por ello, se puede concluir que no se cierne un perjuicio irremediable que abra la posibilidad a estudiar las pretensiones que se elevan en sede constitucional. En consecuencia, no resulta procedente la acción de tutela, ante el incumplimiento del requisito de subsidiariedad.

Por otra parte, frente a la petición que manifestó haber presentado el señor Bernal Páez ante Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco el 26 de octubre es imperioso realizar algunas consideraciones en torno a la necesidad de aportar prueba que permita establecer que ha sido presentada una petición, con el fin de que resulte posible emitir ordenes tendiente a proteger el derecho fundamental que la misma involucra. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-010 de 1998, señaló:

"Acerca de este punto, la Corte Constitucional considera necesario resaltar que, en cuanto la tutela solamente puede prosperar ante la

probada vulneración o amenaza de derechos fundamentales, debe contar el juez con la totalidad de los elementos de juicio que le permitan arribar a la conclusión de si en el caso específico se produjo o no en realidad el atropello del que se queja el demandante.

Los dos extremos facticos – que deben ser claramente establecidos-, en los cuales se funda la tutela del derecho de petición, son, de una parte la solicitud, con fecha cierta de presentación ante la autoridad a la cual se dirige, y de otra el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que la respuesta se haya comunicado al solicitante.

La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición si fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.”

Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que, con posterioridad y sobre el mismo asunto, la Corte Constitucional se refirió a la posibilidad concedida al accionante de por lo menos aportar la información relativa a las circunstancias en las que fue presentada una petición, a partir de las que se puede efectuar la verificación correspondiente. Con relación a tal asunto, en la sentencia T-767 del 2004, de forma expresa señaló:

"Al respecto vale la pena precisar que en los términos de los artículos 23 y 86 de la Constitución Política toda persona tiene derecho a acudir ante las autoridades por motivos de interés general o particular, obtener pronta respuesta de sus solicitudes, y reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, el restablecimiento de su derecho fundamental de petición, cuando resulte vulnerado por acción u omisión.

Dentro de este contexto es claro que la violación de este derecho puede dar lugar a la acción de tutela, pero para que ésta prospere el afectado deberá sino demostrar, cuando menos afirmar, que no se le permite presentar la solicitud, que habiendo presentado una petición respetuosa no ha obtenido respuesta, o que la solicitud presentada no fue atendida debidamente.

No basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición está siendo quebrantado, es menester que respalde su afirmación con elementos que permitan comprobar su aserto, de modo que quien afirma que presentó una solicitud y no ha obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad demandada o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo tiempo

y lugar que acompañaron su petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación.

Ahora bien, es deber del juez constitucional desplegar una actividad probatoria a fin de establecer si los derechos fundamentales invocados están siendo efectivamente conculcados, pero también los es negar la protección cuando los medios con que el ordenamiento cuenta para conocer lo ocurrido no le permiten establecer el quebrantamiento, porque las sentencias judiciales no pueden sino basarse en los hechos probados, conforme las reglas y las oportunidades procesales.”

Los criterios mencionados fueron reiterados por la misma Corte en la sentencia T-329 de 2011, en cuyo aparte pertinente de forma expresa mencionó:

"Ahora bien, la violación de ese derecho pueda dar lugar a la iniciación de una acción de tutela para cuya prosperidad se exigen dos extremos facticos que han de cumplirse con rigor. Primero, la existencia con fecha cierta de una solicitud dirigida a una autoridad, y segundo el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que se haya dado una respuesta oportuna al solicitante. Así las cosas, para la prosperidad de la acción de la acción de la tutela por violación del derecho de petición, el accionante debe acreditar dentro del proceso que elevó la correspondiente petición y, que la misma no fue contestada.

Por lo anterior, es pertinente agregar que si bien toda persona tiene derecho a elevar solicitudes respetuosas ante la administración o contra particulares, es requisito indispensable para obtener el fin perseguido con la acción de tutela, demostrar así sea de forma sumaria que presentó la petición. [...]

En este orden, no basta por tanto que el accionante afirme que su derecho de petición se vulneró por no obtener respuesta. Es necesario respaldar dicha afirmación con los elementos que permitan comprobar lo dicho, de modo que quien dice haber presentado una solicitud y no haber obtenido respuesta deberá presentar copia de la misma recibida por la autoridad o particular demandado o suministrar alguna información sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que acompañaron la petición, a fin de que el juez pueda ordenar la verificación.”

De lo anterior se hace importante colegir que, si bien el accionante manifiesta haber radicado una petición ante el Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco, y dentro de la documental aportada en el escrito de subsanación se anexó una copia del documento derecho de petición dirigida a este Centro no se puede verificar el radicado que le fue asignado, forma y fecha efectiva en la que fue remitida, ni siquiera un sello que represente a esta entidad.

Razón por la cual este Despacho judicial encuentra que, si bien existe un documento dirigido al Centro Zonal Revivir, Defensoría Familiar Salitre Grecco, el mismo no cumple con los criterios a los que hicimos referencia anteriormente

estableció la Corte Constitucional, aunado a ello, el accionante señaló haber presentado la petición el 26 de octubre de 2023 por lo que es preciso mencionar que a la fecha no se ha vencido el término para que la entidad se pronuncie al respecto. Por tanto, se considera que no tendría cabida dar aplicación de la presunción descrita en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

En concordancia, se hace menester recordar que frente al derecho invocado a amparar debe haber algún soporte probatorio de cara a su exigibilidad, como quiera que, si bien la tutela goza de informalidad para su trámite, no es menos cierto que el Juez Constitucional tiene el deber de soportar su decisión en el acervo probatorio y no en las simples afirmaciones. Tal supuesto, impone una carga en cabeza del tutelante, como lo ha expuesto la sentencia T-571 de 2015:

"un juez no puede conceder una tutela si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental, pues el objetivo de la acción constitucional es garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, cuya trasgresión o amenaza opone la intervención del juez dentro de un procedimiento preferente y sumario." Así las cosas, los hechos afirmados por el accionante en el trámite de una acción de tutela, deben ser probados siquiera sumariamente, a fin de que el juez pueda inferir con plena certeza la verdad material que subyace con la solicitud de amparo constitucional.

Por otra parte, la Corte en Sentencia T-131 de 2007 se pronunció sobre el tema de la carga de la prueba en sede de tutela, afirmando el principio "onus probandi incumbit actori" que rige en esta materia, y según el cual, la carga de la prueba incumbe al actor. Así, quien pretenda el amparo de un derecho fundamental debe demostrar los hechos en que se funda su pretensión, a fin de que la determinación del juez obedezca a la certeza y convicción de que se ha violado o amenazado el derecho".

Finalmente, no se impartirá alguna orden adicional y se desvinculará del trámite al Instituto Colombiano del Bienestar Familiar.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **DECLARAR IMPROCEDENTE** la acción de tutela instaurada por el Javier Emilio Bernal Páez, quien actúa como agente oficioso del menor RBP, por las razones expuestas.

SEGUNDO: **DESVINCULAR** del trámite al Instituto Colombiano del Bienestar Familiar.

TERCERO: **NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico.

CUARTO: **ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si en el término de ejecutoria esta decisión no es impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ALNR