

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
PALMIRA VALLE DEL CAUCA**

Palmira, nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Sentencia TUTELA 1a. Instancia No. 47
Rad. 76-520-31-03-002-2023-00083-00

OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Procede el despacho a resolver la acción de TUTELA formulada por la señora **CATHERINE LIZETH ÁVILA PINEDA** identificada con la cédula de ciudadanía **No. 1.113.666.270**, en nombre propio y en el de su menor hija A.N.A. (se abrevia su nombre) **contra** el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF**, cuya coordinadora zonal es la doctora **LUZ ENELIA BARBOSA RAMÍREZ**, la **COMISARÍA DE FAMILIA PALMIRA (V.)**, coordinada por el doctor **LUÍS FELIPE GONZÁLEZ**, el señor **JHOAN ESTEBAN NIETO DIAGO** y la señora **SANDRA ISABEL DIAGO ÁLZATE**. Vinculada la **DEFENSORA DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL PALMIRA DEL ICBF** doctora **BEATRIZ AUGENIA ROJAS FAJARDO**. **INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN VICENTE-SEDE MATERDEI**, a través de su rectora Hna **PATRICIA DURÁN CÉSPEDES** y el coordinador **DIEGO DURÁN**.

DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

La accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la **no discriminación, a la igualdad, a la familia y derecho fundamentales de los niños**.

ANTECEDENTES

La accionante refiere en su escrito de tutela, visto a ítem **1** del expediente que, desde el año 2015 tuvo una relación de convivencia con el señor Johan Esteban Nieto Diago, hasta

el año 2019, de dicha unión nació el 24/05/2018, su menor hija **A. N. A.**¹, quien actualmente tiene 6 años². Una vez terminada la relación de pareja realizaron una audiencia de conciliación con la intención de que se acordara una cuota de alimentación a cargo su padre y en favor de su hija, por un valor de \$200.000, pesos mensuales. Dice que, la custodia de su hija quedó a cargo de ella sin ningún tipo de limitaciones; en los referentes al régimen de visitas no existía dificultad alguna.

Luego en el año 2020, después de estar separados como pareja se presentaron dos eventos de agresión física por parte del señor Nieto Diago, hacia ella, razón por la cual decidió interponer una denuncia en la Fiscalía General de la Nación, en junio de ese año.

Indica que, actualmente reside en España, y antes de salir del país, en el mes de febrero del año 2022, le dejó encargada su hija a su padre, con el proyecto de que apenas consiguiera trabajo él le iba a conceder el permiso para que su hija viajara con ella y siempre le prometió que le permitiría tener contacto con su hija a través de herramientas tecnológicas como la videollamada, mientras se estabilizaba laboralmente.

Manifiesta que, siempre ella cumplió con el envío de la cuota de alimentación de su hija, pero el papá de la niña comenzó a presionarla por el dinero, maltratándola psicológica y emocionalmente, sin permitirle ver a la niña, vía videollamada, ni contestar el teléfono para poder tener una comunicación con ella. A partir del mes de abril de 2022, comenzó a enviar cumplidamente el dinero de la cuota, por valor \$200.000 pesos.

Declara que, ni el padre de su hija menor hija, ni su abuela paterna la señora Sandra Isabel Diago Álzate, quienes actualmente ostentan la custodia y cuidado personal en forma transitoria y quienes actualmente se encuentran adelantando un proceso de restablecimiento de los derechos de su hija ante la oficina del ICBF en la ciudad de Palmira, han facilitado la conexión entre su hija y ella, y hasta le bloquearon de WhatsApp.

Expone que, para el mes de **noviembre de 2022**, el padre de su prenombrada hija, y la mamá de él tuvieron una discusión y el señor Nieto Diago, tomó la decisión de irse de la casa, llevándose con él a la menor, exponiéndola así a otro ambiente familiar y falta de cuidados, asegura que toda esta información la obtuvo a través de comunicación con la señora Sandra Isabel, quien manifestó que el padre de su hija era muy negligente en su cuidado y obligaciones.

¹ Se abrevia su nombre para salvaguardar su derecho a la intimidad, artículo 15 constitucional

² A ítem 1, fl 6 obra el respectivo registro civil de nacimiento

Informa la accionante que, debido al hecho anterior, llegó a un acuerdo verbal con la señora Sandra Isabel, para que ella se encargara de los cuidados personales de la menor, para ello acudió al ICBF, quedando así dicha abuela encargada de los cuidados personales de la referida niña desde el **21/04/2023**, fecha en la que se realizó la audiencia dentro del proceso de restablecimiento de derechos.

Señala que, el día **16/05/2023**, su abogado se acercó a las instalaciones del ICBF, y a la Comisaria de Familia para poner en conocimiento la violación de sus derechos fundamentales y las de su hija menor Antonella, petición que no fue escuchada, por cuanto esa entidad no realizó una regulación de visitas, ni observó el desconocimiento de los derechos de la madre.

Sostiene además que, desde hace más de 6 meses solicitó al ICBF de la ciudad de Palmira, requerir a la Institución Educativa San Vicente- Sede Materdei para que se le corra traslado por medio de correo electrónico de toda la información escolar de su hija Antonella, solicitud que no ha sido posible, puesto que solo hasta el día **26/05/2023**, fue agregada al grupo escolar por parte de la directora de curso.

Por lo anterior acude al trámite que nos ocupa **solicita** que se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF", regular y establecer de forma inmediata un régimen de visitas transitorio que le permita mantener una comunicación fluida con su hija Antonella, por medio de videollamadas, se ordene al padre y a la abuela paterna de la menor Antonella la cesación inmediata de todo acto de violencia e instrumentalización de su hija mediante la privación de las visitas; se ordene a la Institución Educativa San Vicente- Sede Materdei, al padre y a la abuela paterna de la menor Antonella que se le remita a sus direcciones de correo electrónico la información relativa y actualizada respecto del avance y formación académico, y de la salud de su hija Antonella.

PRUEBAS

La parte accionante con su escrito de tutela aporta fotocopia de: **1.** Copia Registro civil de nacimiento de la menor. **2.** Cédula de la ciudadanía. **3.** Auto de apertura de investigación No.125, del 26/12/2022. **4.** Carta de aclaración enviada a la Defensora de Familia-Protección para el proceso de restablecimiento de derechos. **5.** Diligencia de audiencia de practica de pruebas y fallo de que trata el art. 100 de la ley 1098 de 2006, llevada a cabo el día 21/04/2023. **6.** Notificación por estado de resolución de vulneración en el proceso de restablecimiento del 24/04/ 2023. **7.** Captura de pantalla de varias conversaciones con el grupo familiar paterno de la menor Antonella. **8.** Comprobantes de cuota de

manutención y aporte para gastos médicos. **9.** Permiso de entrada y salida del país para la menor Antonella, otorgado mediante la escritura No. 254 del 27/01/2022, de la Notaría Segunda del Círculo de Palmira (V.). **10.** Acta de conciliación No.344 fijación de cuota de alimentos, ante el ICBF, llevada a cabo el día 28/08/2019. **11.** Carta de aclaración enviada por la Defensora de Familia-Protección para el proceso de restablecimiento de derechos de su hija Antonella, enviada el día 28/04/2023.

TRÁMITE Y RESPUESTAS DE LOS ACCIONADOS

El despacho por medio de providencia del 29 de mayo de 2023 asumió el conocimiento de la presente acción, ordenando la notificación de los accionados, vinculados, para que previo traslado del escrito de tutela, se pronunciaran sobre los hechos narrados y ejercieran su derecho de defensa, efectuándose la notificación por correo a ítem 05 y 11.

A ítem **06** el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF"**, , indicó que, esa entidad recibió una petición de la señora **Sandra Diago**, informando ser la abuela paterna de la niña A. N. Á., de 4 años de edad, manifestando que desde hace 9 meses tiene bajo su cuidado a su nieta. Indicó que la madre está en España y el padre no asume la responsabilidad parental de su hija, por lo que desea asumir la custodia de su nieta. Que esa entidad realizó la verificación de derechos el **día 26/12/2022 y mediante auto No. 125** de la misma fecha, dio apertura al **proceso de restablecimiento de derechos** en favor de la menor de edad.

Agregó que, como medida de protección en favor de la niña se dispuso la ubicación en medio familiar extenso por línea paterna, con la abuela, teniendo en cuenta el motivo por el cual se crea la petición, realizó notificación personal del auto de apertura a la abuela paterna y progenitora, mientras que el progenitor fue notificado a través de la página web y mediante publicación del programa "Me conoces", ya que no se hizo presente ante el despacho para la notificación personal, a pesar de habersele citado.

También manifestó que el día **14/03/2023**, la señora madre **Catherine Lizeth** Ávila Pineda, envió un documento, donde indica que ante la negligencia del padre frente al cuidado personal de su hija, le solicitó a la abuela paterna, que asumiera ella el cuidado de su menor hija, lo que efectivamente ocurre, pero que ha tenido inconvenientes para comunicarse con su hija, porque le niegan la comunicación.

Expresó además la representante del ICBF que, el día **28/03/2023**, a través de la plataforma teams, se estableció contacto con la accionante donde se habló de lo que venía

sucediendo con su hija Antonella y su familia extensa tanto materna como paterna, y después de la intervención sostenida con la señora **Ávila Pineda**, el equipo psicosocial adscrito al despacho, el día 12/04/2023 dialogó con los señores Luis Enrique Ávila y Martha Cecilia Pineda Espitia, abuelos maternos de la niña Antonella, quienes indican su intención de vincularse al proceso de su nieta.

Igualmente expuso la mencionada funcionaria, que el día **05/04/2023** el equipo psicosocial adscrito al despacho, rindió los informes para la audiencia de fallo, donde entre sus apartes, **se hacen reiterados llamados de atención a la abuela paterna, señora Sandra Diago, para que permita una comunicación fluida entre madre e hija**, es así como se realiza la audiencia de fallo y resolución de vulneración dentro del PARD, que se adelanta en favor de la mencionada niña, donde se confirmó la medida de protección inicialmente tomada en favor de la usuaria del PARD, consistente en ubicación en medio familiar extenso por línea paterna, al lado de su abuela Sandra Isabel Diago.

Agregó que, así mismo se fijó cuota alimentaria en favor de la niña, para que los padres aporten para los gastos que presenta la infante, a pesar de que la señora Diago, había indicado previamente que la progenitora venía entregando una cuota alimentaria para su hija.

Dentro de la audiencia de fallo, se hizo presente por primera vez ante el despacho el señor Joan Esteban Nieto Diago, solicitando se le explicara en qué consistía el proceso, lo cual se hizo en ese momento.

Explicó además la funcionaria que, se realizó seguimiento a la medida de protección de la mencionada niña, por parte de psicología, el día **08/05/2023**, dentro de la cual la hija de la accionante indicó que visita con frecuencia a sus abuelos maternos y que desde allí ella se comunica con la progenitora; dentro de la misma intervención, le hacen llamado de atención a la señora Sandra Diago, respecto a la necesidad de la comunicación que debe existir entre la señora Katherine Ávila y su hija; la niña manifiesta sentirse bien viviendo con la señora Sandra Diago y también al momento de realizar visitas en casa de sus abuelos maternos.

Aseguró la vocera del ICBF que, el psicólogo no observa amenazas a nivel emocional en la niña, frente a la convivencia con su abuela paterna, sin embargo y a pesar de los diversos llamados de atención que se le han hecho a la señora Sandra Diago, frente a la necesidad de que la señora Ávila y su hija Antonella, mantengan diálogos constantes **para no romper la filiación materna, continúan presentándose los inconvenientes**, es por

eso que mediante auto No. 062 de fecha 30/05/2023, se dispuso fijar horarios para que la **señora Katherine Ávila y su hija Antonella**, puedan comunicarse de manera diaria, en el horario que solicita la tutelante, entre las 10:00 a 11:00 a.m., antes de que la niña vaya al colegio.

Manifestó que, el auto que fue enviado a través de correo electrónico a la señora Sandra Isabel Diago y Joan Esteban Nieto Diago, con el fin de que conozcan las responsabilidades que tienen frente a este tema.

En lo referente a la comunicación con la docente de la niña Antonella, la madre indicó que ya estaba ingresada en el grupo de padres del salón de clases al cual pertenece su hija, por lo que respecto a ese tema no se pronunció esa entidad.

Concluyó expresando que, por parte del ICBF, no se han vulnerado los derechos de la menor de edad Antonella Nieto Ávila, por el contrario, se han hecho todas las gestiones tendientes a garantizar el derecho al cuidado personal, que fue el motivo de ingreso de la petición y por el cual se dio inicio al proceso de restablecimiento de derechos, y de esta manera se relacionan las actuaciones realizadas por parte de la Defensoría de Familia a su cargo, dentro del PARD de la menor Antonella, donde se evidencia el acompañamiento realizado a la familia.

A ítem **08** el señor **JHOAN ESTEBAN NIETO DIAGO** y la señora **SANDRA ISABEL DIAGO ÁLZATE**, indican que en lo referente a las peticiones en ningún momento han violado derecho alguno de la menor en calidad de hija y nieta, como lo expresa la accionante madre de la menor, ni se oponen a las pretensiones de la tutela por ella solicitada en la petición primera, en el entendido que dichos derechos también tendrán que ser garantizados de la misma forma y en igualdad de condiciones para el padre de la menor. A la petición segunda manifiestan que no se oponen a que se comunique a través de video llamada, pero solicitan que sean reguladas dentro del horario de 9 a.m. a 10:30 de la mañana, porque después de ese horario es imposible, toda vez que la niña estudia en la jornada de la tarde y después de las 10:30 empieza a alistarse.

A la petición tercera, dicen nunca se han opuesto a las visitas de ningún miembro de la familia materna y mucho menos han instrumentalizado a la niña como lo afirma. A la petición cuarta, no se oponen de hecho en muchas oportunidades le han pedido a la profesora que incluya a la mamá dentro del grupo de WhatsApp del colegio, pero ellos por políticas de la institución manifiestan que solo le pueden dar información a las personas

que tienen la custodia de la menor. A la petición quinta, no se oponen, nunca han existido hechos de violencia y a la sexta solicitud no se oponen.

Referente a los hechos proceden hacer un análisis de cada uno de ellos, y dicen que a los hechos primero, cuarto, sexto, son parcialmente ciertos, a los hechos segundo, quinto, séptimo, noveno, décimo y décimo primero, son ciertos, a los hechos tercero, octavo, no son ciertos, y a los hechos décimo segundo y décimo tercero, no les constan, indicando puntualmente lo concerniente a cada uno de los hechos con lo manifestado por la accionante.

A ítems **09** y **12** la **COMISARÍA DE FAMILIA PALMIRA (V.)**, indicó que, la totalidad de los hechos no le consta a ese despacho lo actuado ante el ICBF, que consultada el área de gestión documental, la comisaría de Familia de Palmira ha adelantado el proceso 256-21 VIF, por hechos constitucionales de violencia intrafamiliar a favor de la señora Sandra Isabel Diago Álzate (madre e hijo), con medidas de protección bilaterales conforme a resolución CF13.31463 del 14/11/2021, quienes son familiares por línea paterna de la menor Antonella Nieto Ávila, por eso solicitó su desvinculación por cuanto esa entidad es ajena al caso en concreto.

La **INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN VICENTE- SEDE MATERDEI**, guardó silencio.

CONSIDERACIONES

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA: La accionante, es persona por lo tanto titular de los derechos fundamentales propios y además por ser la madre se encuentra legitimada para reclamar los derechos fundamentales de su menor hija ya precitada. En ese orden se encuentra legitimada por activa para hacer uso de esta acción Constitucional prevista en el artículo 86 de la Constitución Nacional.

Por la parte accionada se encuentran legitimados los funcionarios adscritos al **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF"**, como quiera que es la entidad que tienen a su cargo el proceso en el que se encuentra la menor involucrada en aras de restablecer sus derechos, del cual se reclama por parte de su progenitora. Así mismo, lo están el señor **JHOAN ESTEBAN NIETO DIAGO** y la señora **SANDRA ISABEL DIAGO ÁLZATE**, en su condición de padre y abuela paterna de la citada niña, de quienes se pregona la afectación en la comunicación madre-hija.

LA COMPETENCIA: Le asiste al despacho de conformidad con el artículo 1º del decreto 333 de 2022.

EL PROBLEMA JURÍDICO: Le corresponde a este despacho entrar a determinar: ¿si es procedente amparar el derecho fundamental de petición invocado por la accionante? y de ser así precisar las órdenes a emitir para hacer efectivo el amparo solicitado. Ante lo cual se responde desde ya en sentido **negativo** por las siguientes razones:

Recordemos que la Acción de tutela (art. 86), se encuentra establecida en nuestra Constitución Política de 1991 y se encaminó a la protección por vía judicial de los derechos fundamentales previstos en el título II, capítulo 1 de dicho estatuto, que se encontraran amenazados o agraviados, y a la vez se encomendó su salvaguarda a la Corte Constitucional, quien tuvo a bien desarrollar dicha norma, para indicar que se trata de amparar los derechos fundamentales, incluso aquellos previstos en otros apartes de la Carta Política y que resultaren fundamentales por conexidad, v.gr. la salud, la dignidad humana. Posteriormente determinó esa Corporación, mediante sentencia **T-760 de 2008** que los llamados derechos fundamentales por conexidad, lo son realmente de forma directa, por ser inherentes a la dignidad de la persona, lo cual legitima que en este expediente nos ocupemos de los invocados por la parte accionante.

EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ. Debe tenerse en cuenta que en acogimiento al precedente jurisprudencial se debe tener en cuenta cómo en tratándose de acciones de tutela no debe mucho tiempo entre la ocurrencia de los hechos que se dicen lesivos y la presentación de esta acción, toda vez que se involucra derechos fundamentales. Situación que en este caso permite decir que estamos antes hechos actuales generados en este mismo semestre del 2023, por tanto el principio en mención se da por satisfecho.

EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA. En atención a lo previsto en el decreto 2591 de 1919, artículo 6, numeral 1 cabe decir que la acción de tutela, aunque protectora de los derechos fundamentales, no fue prevista para suplir otros mecanismos legales de defensa.

Así las cosas, con relación al tema propuesto encontramos que en principio según el precedente constitucional la tutela no fue prevista para solucionar este tipo de asuntos, dado el carácter residual de la tutela y la existencia de otro mecanismo judicial. No obstante, ello no ha sido una posición extrema, sino que la misma Corte³ ha tenido a bien precisar la posibilidad de intervenir mediante la presente acción, al señalar que:

³ Sentencia C-132 de 2018 MP. Alberto Rojas Ríos

*"... la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de previsiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una clara indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos **que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable** entendido este último como aquél que tan sólo puede resarcirse en su integridad mediante el pago de una indemnización (artículo 6º del Decreto 2591 de 1991).". (negritas del juzgado)*

De igual manera, nuestro ordenamiento jurídico consagra que el Estado Social de Derecho, incluido su preámbulo, su artículo 5 debe adoptar la legislación necesaria para protegerla familia y dentro de ésta en particular a los menores de edad que hagan parte de la misma. Con ese fin de manera preponderante mediante la **ley 75 de 1968** (Por medio de la cual se aprueba la Convención de los Derechos de los niños) fue creado el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, como entidad estatal, autónoma, con patrimonio propio, con competencias específicas, personal profesional diverso (abogados, psicólogos, trabajadores sociales quienes además pueden trabajar en red con otras instituciones públicas), además tiene autoridad legal para intervenir en las relaciones de familia cuando así se requiera, con el fin de protegerla o de salvaguardar a sus miembros si fuere necesario, de modo que sus determinaciones han de cumplirse, aunque claro está pueden ser objeto de eventual revisión por parte de los Jueces de Familia o penales según el caso, quienes finalmente deciden,

Sirva la anterior mención, para entender que asuntos como el presente deben ser dilucidados por el ICBF, de modo que el juez constitucional está llamado a actuar y a decidir, cuando dicha autoridad administrativa no asuma sus funciones (lo cual puede acarrear eventuales responsabilidades disciplinarias) o, cuando de los hechos probados resulte afectado o amenazado algún derecho fundamental, más aún si involucra un menor de edad, dada la prevalencia de sus derechos prevista en el artículo 44 constitucional.

Cabe recordar que al tenor del **precedente constitucional** la atención primordial que demandan las personas que ostentan la calidad de sujetos de especial protección constitucional, impone al juez constitucional la obligación de tomar medidas en beneficio de la efectividad de dicha protección especial. Así, entre mayor sea la desprotección de estos sujetos, mayor debe ser la eficacia de las medidas de defensa que se tomen, en aras

de consolidar los principios rectores del Estado Social de Derecho⁴ y el cumplimiento a las normas previstas en la **Convención sobre los derechos del Niño**, artículo 3⁵ que dice:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que **se atenderá será el interés superior del niño.**

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada."

Al respecto tenemos que la ley 1098 de 2006 establece en su artículo 50, sobre el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, que es la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

En esa misma norma, el art. 51 establece que:

Art. 51. **El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes** es responsabilidad del Estado en su conjunto a través de las autoridades públicas, quienes tienen la obligación de informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas o los adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad. Cuando esto ocurra, la autoridad competente deberá asegurarse de que el Sistema Nacional de Bienestar Familiar garantice su vinculación a los servicios sociales.

También se debe tener en cuenta que la mencionada Ley 1098 de 2006 Código de la Infancia y la Adolescencia expuso en su art. 96 sobre las autoridades competentes en este tipo de asuntos que *"Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código. El seguimiento de las medidas de protección o de restablecimiento adoptadas por los defensores y comisarios de familia estará a cargo del respectivo coordinador del centro zonal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar."*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-799 de 2006

⁵ Vigente en Colombia desde el 22 de enero de 1991 según la ley 12 de 1991

Así mismo debe recordarse sobre el proceso de restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes que la Corte Constitucional⁶, ha dicho:

“El procedimiento se entiende iniciado con la decisión de apertura del proceso, y **culmina con la adopción de una decisión que resuelva si efectivamente se vulneraron los derechos del menor y adopte una medida de restablecimiento** de las establecidas en el artículo 53 de la Ley 1098 de 2006 que permita superar la situación evidenciada; estas son: (i) la amonestación de los padres o las personas responsables del cuidado del menor con asistencia obligatoria a curso pedagógico, (ii) el retiro inmediato del niño, niña o adolescente de la actividad que amenace o vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en que se pueda encontrar y la ubicación en un programa de atención especializada para el restablecimiento del derecho vulnerado, (iii) la ubicación inmediata en medio familiar, (iv) la ubicación en centros de emergencia para los casos en que no procede la ubicación en los hogares de paso, (v) la adopción y (vi) promover las acciones policivas administrativas o judiciales a que haya lugar. Además de las anteriores, podrá (vii) aplicar las consagradas en otras disposiciones legales, o cualquier otra que garantice la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Adicionalmente, las autoridades cuentan con la posibilidad de adoptar medidas provisionales como lo es la “ubicación en hogar sustituto” para permitir que, en los casos en que el menor carezca de una red familiar que permita su cuidado, sea posible brindarle los cuidados y atenciones que requiere mientras se resuelve de forma definitiva sobre su situación jurídica.” (Resalta el juzgado).

DEL CASO EN CONCRETO. En el presente se tiene que la accionante quien actualmente reside en España, en su condición de madre de la menor A.N.A. refiere la afectación de su derecho a la unidad familiar con ésta quien vive en Palmira, por cuanto el progenitor y abuela paterna le restringen la comunicación telefónica, y le afectan además su derecho fundamental a la libre comunicación entre ellas, dado que no contestan la llamada, no le pasan la niña o condición su comunicación. De igual modo refiere que si bien el padre de la pluricitada infante le dio permiso por escritura pública para sacarla del país, no le colabora en el trámite de consecución del pasaporte, reflejando así divergencias entre los progenitores.

Al respecto, allegada la respuesta de la entidad accionada **ICBF**, tenemos que el actuar de la institución se originó por la petición realizada por la señora Sandra Diago, informando ser la abuela paterna de la niña Antonella Nieto Ávila, de 4 años de edad, manifestando que desde hace 9 meses, tiene bajo su cuidado a su nieta, indicando que la madre está en España y el padre no asume la responsabilidad parental de su hija, por lo que desea asumir la custodia de su nieta, realizan verificación de derechos el día 26/12/2022 y mediante auto No. 125 de la misma fecha, dan apertura al proceso de restablecimiento de derechos en favor de la menor de edad dentro del cual se le dio la custodia de la niña a la abuela paterna.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-019/20. M.P. Alberto Rojas Ríos.

Que bajo esa conformación familiar y situación fáctica legalmente establecida se encontraba la mencionada niña cuando fue instaurada la presente acción, aunque también se debe conforme a las pruebas allegadas por la accionante (**ítems 8, numerales 6 y 8 del expediente**) que sí venía existiendo dificultad en la comunicación con su hija, dados los textos de whatsapp aportados, y el contenido de la contestación de la tutela allegada por el padre de la niña, cuando sostuvo que el trabaja todo el día, lo cual hace comprensible que no esté en la casa para pasarle el teléfono. Además añadió que su mamá sí bloqueó en el teléfono a la accionante por grosera según entiende. Ello denota en todo caso que no había facilidad de relacionarse entre la madre Katherine y su citada hija, para fortalecer el vínculo materno filial.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta la información más reciente recaudada en este trámite judicial, a través de la secretaría del juzgado, vista a **ítem 13** del expediente. Allí se informa:

“**CONSTANCIA:** En la fecha informo que el día 09/06/2023, el Coordinador de la Institución Educativa San Vicente- Sede Materdei, señor Diego Durán me informó que la niña Antonella Nieto Ávila, estudia en esa institución ubicada en la calle 28 No. 19 – 35 de la ciudad de Palmira, que está cursando el grado transición 5, que entra a clases a las 12.30 y sale a las 5 de la tarde, estudia de lunes a viernes.

De otra lado me comuniqué al abonado 320-2140538, siendo atendido por la señora Martha Cecilia Pineda Espitia, quien dijo ser la abuela materna de la niña A.N.A., manifestando que ayer hubo una audiencia en ICBF, y les entregaron la custodia de su nieta, a ella y a su esposo Luis Enrique Ávila Espitia, además indicó que, su hija trabaja todo el día, pero que ya que tienen ellos la custodia no tiene problema para comunicarse con la niña Antonella, a cualquier hora, que ellos viven y ahora con la niña en la Calle 24ª No. 7 – 50 del barrio El Triunfo de Palmira (V.).”

En consecuencia, observa el despacho, que la situación fáctica motivo de la presente acción ya está siendo atendida por el ICBF, al punto que hubo una audiencia y se determinó dejar la custodia la niña A.N.A. bajo el cuidado de su familia materna extensa, es decir sus abuelos maternos, con los cuales según trasluce este plenario no hay dificultad en la comunicación, dándose así por superado uno de los motivos de inconformidad, generador de la denegación de la tutela en cuanto a este aspecto. Al

respecto la Corte Constitucional máxima autoridad judicial en la materia, tiene señalado en su **sentencia SU-540 de 2007, magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis⁷**:

“el hecho superado se presenta cuando, por la acción u omisión (según sea el requerimiento del actor en la tutela) del obligado, se supera la afectación de tal manera que ‘carece’ de objeto el pronunciamiento del juez. La jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en la tutela”.

Ahora bien, en lo que hace referencia a la controversia atinente, a si la mencionada niña sale o no finalmente del país, dada la discordancia existente entre sus padres debe recordarse que para dilucidar esa clase de asuntos el legislador le dio la competencia a los Jueces de Familia, tal como se deriva del artículo 2 numeral 6 de la ley 1564 de 2012 concordante con el artículo 390 numeral 3 de la misma normativa para conocer y decidir. Por tanto, dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, la presente acción no puede prosperar dado la existencia de otro mecanismo idóneo. Por lo tanto, de conformidad con la jurisprudencia la acción de tutela no resulta procedente.

En efecto la acción de tutela ha sido creada exclusivamente como medio de defensa contra transgresiones o amenaza de derechos fundamentales que surgen de actos u omisiones, de autoridades públicas o particulares en determinados casos, **cuando se busca evitar un perjuicio irremediable**, o los mecanismos previstos no tienen el alcance o la eficacia que brinda esta acción, pero que en todo caso debe estar de por medio la **inminencia, urgencia y gravedad** que sean de tal entidad que requiera la intervención del juez constitucional (circunstancias ninguna de las cuales aparece demostrada en el infolio), pues solo cuando el medio previsto en el sistema jurídico no tiene la suficiente entidad de lograr la protección del derecho, procederá excepcionalmente este mecanismo constitucional, lo cual no da en este asunto.

Con base en lo expuesto, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira (V.), administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

⁷ Reiterada dentro de la sentencia T-054 de 2020 M.P. CARLOS BERNAL PULIDO

PRIMERO: NO TUTELAR los derechos fundamentales **a la igualdad, a la familia y derecho fundamentales de los niño**, invocados por la señora **CATHERINE LIZETH ÁVILA PINEDA** identificada con la cédula de ciudadanía **No. 1.113.666.270**, en nombre propio y en representación de su menor hija A.N.A., respecto de la **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF"**, cuya coordinadora zonal es la doctora **LUZ ENELIA BARBOSA RAMÍREZ**, del señor **JHOAN ESTEBAN NIETO DIAGO**, de la señora **SANDRA ISABEL DIAGO ÁLZATE**. Vinculada la **DEFENSORA DE FAMILIA DEL CENTRO ZONAL PALMIRA DEL ICBF** doctora **BEATRIZ AUGENIA ROJAS FAJARDO** y de la **INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN VICENTE- SEDE MATERDEI**, a través de su rectora Hna **PATRICIA DURÁN CÉSPEDES** y el coordinador **DIEGO DURÁN**.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta decisión a las partes por el medio más expedito, conforme a lo previsto en el art. 31 del decreto 2591 de 1.991 indicando que contra esta decisión procede el recurso de **impugnación que puede ser interpuesta dentro** de los **tres días siguientes** al de la notificación de este proveído mediante mensaje enviado al correo: **j02ccpal@cendoj.ramajudicial.gov.co** ó, en forma presencial en la sede del juzgado.

TERCERO: De no ser impugnada esta decisión dentro de los tres días siguientes al de la notificación, en forma física o virtual, **REMÍTANSE** este expediente, por secretaría, oportunamente a la Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN** conforme al término previsto en el art. 31 del decreto 2591 de 1.991.

CÚMPLASE,

LUZ AMELIA BASTIDAS SEGURA

Juez

Firmado Por:
Luz Amelia Bastidas Segura
Juez
Juzgado De Circuito
Civil 002
Palmira - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3f711b35434c3d9dede1cf0454c32e2336b17129b4428fb1a9b88c0fa44809d5**

Documento generado en 09/06/2023 11:53:03 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>