



San Gil, Diez (10) de Junio de Dos Mil Veintidós (2022)

Sentencia No. 021 Radicado 2022-00022-00

Surtido el trámite establecido por el Decreto 2591 de 1991 y estando dentro del término señalado en el artículo 29 ibidem, procede el despacho a decidir en primera instancia la acción de tutela impetrada por el señor JORGE EDUARDO SOTOMONTE GAMARRA, identificado con la Cédula de ciudadanía número 91'151.048 expedida en Floridablanca, en representación propia y de su menor hijo IFSB, identificado con Tarjeta de Identidad número 1.019.604.501 expedida en Bogotá, en contra de los Defensores de Familia de San Gil, JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y CRISTÓBAL IGUA BAYONA y la COORDINADORA DEL CENTRO ZONAL ICBF SAN GIL, Dra. MYRIAM VELANDIA FLÓREZ.

I. ANTECEDENTES

El precitado ciudadano promovió acción de tutela, en contra de los Defensores de Familia de San Gil, JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y CRISTÓBAL IGUA BAYONA y la COORDINADORA DEL CENTRO ZONAL ICBF SAN GIL, Dra. MYRIAM VELANDIA FLÓREZ, propendiendo por la protección de sus Derechos Fundamentales y las de su representado a la Vida, Dignidad, Tranquilidad, Educación y Debido Proceso, con base en los siguientes,

II. HECHOS

El acontecer fáctico sobre el cual se sustenta el amparo impetrado, se contrae a lo siguiente:

Afirma el inicialista que es vecino y residente en San Gil, tiene 60 años cumplidos, pensionado por invalidez de la Secretaría de Educación de Bogotá, padre de cinco (5) hijos, tres de ellos mayores y dos menores; que su hija menor cuenta con 13 años de edad y padece de ceguera y trastorno generalizado del desarrollo, por evento médico adverso de la FOS, y el adolescente del caso en referencia, su hijo IFSB, quien a la fecha tiene 16 años de edad; aduce que su hijo mayor padece de esquizofrenia y en los últimos dos años dependió enteramente de él, situación que se reedita cíclicamente pues él no es capaz por sí mismo de ampararse en condiciones materiales de dignidad, pese a su preparación, decencia y voluntad. Que en consecuencia, de sus ingresos dependen los cuatro, ingreso derivado exclusivamente de su pensión cuyo monto actual es de cinco millones doscientos ochenta y cuatro mil seiscientos cincuenta y tres pesos (\$5.284.653), de los cuales se descuentan setecientos mil pesos (\$700.000) como cuota de asistencia pactada con la madre de la niña, el 25% de su mesada (\$1.162.624) por embargo a favor de Neila Edith Bello Mantilla, dispuesto por el Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá. Con tales descuentos su ingreso real y único mensual es de dos millones setecientos ochenta y siete mil quinientos seis pesos (\$2.787.506).

Comenta que, a principios de noviembre de 2021, su hijo IFSB, le comunicó su vehemente deseo de transferirse a vivir con él, a partir de su graduación el 29 de noviembre, debido a la incapacidad de soportar más el acoso de su nicho familiar en Bogotá, particularmente de su señora madre quien arreció sus presiones una vez Inti le expresó su inclinación homosexual. Afirma que su hijo se graduó como mejor bachiller de la IDE Colegio Filarmónico Simón Bolívar (Suba, Bogotá), calidades sostenidas a lo largo de los doce años de su permanencia en dicha institución desde el grado cero. La urgencia de la solicitud de su hijo Inti venía precedida por ideación suicida. Expresa que, al clamor de su hijo, también sumó su mamá su interesada aquiescencia, dado que le resultaba a favor de su propósito de viajar a hacer vida en Europa, diciéndoles que puntualmente les devolvería el monto consignado a su cuenta por la Fiduprevisora como embargo par el sostenimiento



de su hijo, y que sumaría otro tanto como aporte suyo, entregó el apartamento a finales de noviembre y los hijos mayores se reubicaron de cuenta propia, mientras que Inti se vino a vivir con él a San Gil, y desde entonces dedicaron su tiempo a labores intelectuales y autodidactas en la pequeña buhardilla que comparten, y también gestionaron su ingreso a la universidad, y sin más opción, a través suyo aspiran a recuperar los recursos imprescindibles para poder reubicarse en Bogotá, dado que el menor tiene por meta inmediata estudiar en la Universidad Nacional, donde se encuentra inscrito en el programa de Química.

Cuenta que la mamá de I., docente Neila Edith Bello Mantilla, retuvo el embargo y no aportó lo suyo, debido a que su estancia en Europa (40 días), desbordó su presupuesto sin que pudiera hacer realidad la quimera por la que acosó hasta forzar el desahucio de su menor hijo, y una vez en San Gil, solicitó audiencia ante la Comisaría de Familia para formalizar la custodia a su nombre, según la voluntad del adolescente, y por supuesto, su grata aquiescencia como padre (Radicado 2110013203 del 09/12/2021). Afirma que según el consecutivo 0316-2021, la Comisaría de Familia remitió la solicitud a la Zonal ICBF San Gil, y el defensor de familia José Ángel programó audiencia de conciliación para el martes 5 de abril de 2022, según oficio del 07/01/2022. Aduce que entretanto, el 10 de marzo de 2022 le allegó al mencionado defensor el radicado ante la Comisaría y el oficio dirigido al Juzgado 4 de Familia de Descongestión de Bogotá a través del correo electrónico info@cendoj.ramajudicial.gov.co, con el objeto de prevenir respecto de la actitud de Neila, quien para entonces ya había puesto de patente su mentira, su indolencia y venalidad, pues no había devuelto el monto de los embargos a la fecha, diciembre, enero y febrero.

Sostiene que la audiencia fue desarrollada por el defensor de manera apresurada, dada la cercanía del periodo vacacional, resolviéndola en tres renglones, razón por la cual, indignado, le reclamó, afirmando que no estaba velando por los derechos del menor, ante el reclamo de reparación de derechos por parte de la madre de Inti, que tenía la intención de forzarlo a regresar y de esa manera conservar el embargo. Dice que le fue imperioso reclamarle al defensor que al menos consultara con su red interna el informe psicosocial que corroboraba la patraña legal de Neila, al cambiar de parecer y ahora, contra la voluntad del menor y su propia palabra reclamaba permanecer con la custodia de éste, denigrando de la custodia de él como padre, asegurando que ello fue desmentido por el equipo psicosocial, luego de visitas y entrevistas, y que el defensor no lo había leído. En consecuencia, comenta que, se retiró de la audiencia con la intención de acudir a la Fiscalía para interponer denuncia criminal a fin de impedir que el menor fuese coaccionado mediante acta a regresar a las condiciones intolerables para su personalidad, pero que allí le pidieron que esperara la decisión del defensor de familia. Por ello regresó para saber de la mencionada acta, solicitándole al defensor que remitiera un oficio a la Fiduprevisora, informando sobre el otorgamiento de custodia provisional a él, que sirviera de soporte para que no siguieran descontando de su salario la cuota a favor de la madre del menor, obteniendo por respuesta del defensor, que tocaba después de sus vacaciones, o en su defecto que dirigiera una solicitud escrita a su colega para que hiciera tal diligencia. Expresa que en efecto así lo hizo, dirigiendo derecho de petición de fecha 05/04/2022, el cual fue radicado al N° 202257007000045922, además que al día siguiente presentó queja contra el Defensor ante la Directora General, la Directora Regional y la Coordinadora del ICBF Centro Zonal San Gil, el cual fue radicado al N° 202257007000046532.

Aduce que con todo y las acusadas evidencias de una intencionalidad non sancta en su título ("SE DECLARA FRACASADA"), el acta N° 036 SIM: 29413801 es el documento legal que precisa a nombre suyo la custodia de su menor hijo, y que, si bien el defensor se tomó el tiempo para declararla fracasada, no se lo tomó para precisar a qué se refiere con tal fracaso, por lo cual ha de suponerse que fracasó la conciliación entre los padres del menor, que como defensor resolvió a discreción. Que el Defensor le transfirió la custodia y al mismo tiempo una confusión de la que se valió su colega Cristóbal Igua para responder su petición, denegando hacer lo solicitado por haber sido "RECHAZADA" en su título el acta 036.



Continúa su narrativa exponiendo que las restricciones impuestas por la deplorable actuación del ICBF, han deteriorado su calidad de vida, colocándolos por debajo de la dignidad material básica a él y los dos hijos con quienes convive, calamidad creada por la apropiación indebida de los recursos del embargo por parte de la madre de Inti y porque desde noviembre a la fecha no ha aportado para su sostenimiento.

Asevera que, para completar el entuerto creado por el Defensor en vacaciones, su colega Cristóbal Igua Bayona en su oficio de respuesta a su petición (Rdo. N° 202257007000040081 del 19/04/2022) se acoge al calificativo de “FRACASADA” agregada con dolo al título del acta en lo que parece ser un acuerdo infame conceder la custodia y al mismo tiempo imposibilitarla de hecho. (cita el aparte de la respuesta).

Considera como contradictorias las decisiones de los dos defensores de familia, aduciendo que mientras el uno resuelve, el otro deniega, desconociendo los efectos legales del acta, citando la ley 640 para dar por agotada la procedibilidad para iniciar la acción judicial, omitiendo el envío del acta como soporte para suspender el embargo en contra de su mesada y a favor del progenitor que oprime al hijo, adicionando que la Coordinadora del ICBF Centro Zonal San Gil, Myriam Velandia Florez, respondiendo a su queja SIM N1763053434, según oficio Rdo. N 202257007000053651 del 19 de los corrientes (sic), ratifica las decisiones del defensor José Ángel y la procedibilidad al tenor de la ley 640 de 2002, pero omite lo relativo al oficio para la Fiduprevisora aclarando que es el padre custodia y que por ende el objeto del embargo ya no procede. (transcribe lo pertinente de la respuesta). Agrega que ni la dirección general ni la regional del ICBF se han manifestado, pese a los comunicados remitidos pidiéndole asumir su misión controladora.

Aporta como pruebas los siguientes documentos en formato digital:

- Oficio a la comisaría de familia de San Gil, solicitando audiencia para la revisión de custodia, Radicado 2110013203 del 09/12/2021
- Oficio del comisario de familia de San Gil, remitiendo por competencia la petición de audiencia al ICBF zonal San Gil, Rdo. N° 2110013283, consecutivo 0316-2021 del 10 de diciembre de 2021.
- Citación a audiencia de conciliación para el 05/04/2022, fechada el 07/01/2022 suscrita por José Ángel, Defensor de Familia de San Gil.
- Oficio del 10 de marzo de 2022, dirigido al Defensor de Familia, adjuntando copia de la misiva a la Comisaría de familia y del trámite efectuado para remitir la petición al Juzgado 4 de Familia de descongestión de Bogotá.
- Copia del acta N° 036 SIM 29413801 del 5 de abril de 2022.
- Primera petición par que se oficie a la Fiduprevisora, Rdo. N° 202257007000045922 del 05/04/2022.
- Oficio dirigido a la Fiduprevisora el 05/04/2022, anexando el acta 036 y solicitando cesación del embargo.
- Queja dirigida en contra del Defensor José Ángel, Rdo. N° 202257007000046532 del 05/04/2022.
- Oficio de fecha 06/04/2022, dirigido a la Coordinadora del Centro Zonal ICBF San Gil, solicitando los informes del equipo psicosocial. Rdo. N° 202257007000045542.
- Copia del oficio Rdo. N° 202257007000040081 de fecha 19/04/2022, Respuesta al Derecho de petición Rdo. 202257007000045922, suscrito por el Defensor de Familia Cristóbal Igua Bayona.
- Oficio del 19 de abril de 2022, remitido a la Directora del ICBF Regional Santander, solicitando investigación disciplinaria al Defensor de familia, José Fernando Ángel Porras.
- Oficio del 11 de mayo de 2022, dirigido al Defensor de Familia José Fernando Ángel Porras y la Coordinadora del ICBF Centro Zonal San Gil, solicitando corrección del acta N° 036 del 05/04/2022.
- Correo del 12 de mayo de 2022, dirigido a la Fiduprevisora, reiterando la solicitud de no descuento de la cuota de su mesada.



- Oficio Rdo. 202257007000053651, del 19/05/2022, Respuesta emanada de la Coordinadora del ICBF Centro Zonal San Gil, a la queja impetrada, SIM 1763053434.
- Correo del 24/05/2022, Réplica a la respuesta dada por la Coordinadora del Centro Zonal San Gil.
- Copia de los comprobantes de nómina correspondientes a los meses de marzo y abril de 2022, expedido por el FOMAG – FIDUPREVISORA S.A.
- Certificado de detalle de embargos, expedido por el FOMAG – FIDUPREVISORA S.A.
- Copia de la Resolución 4608 del 11/09/2013, de la Secretaría de Educación de Bogotá, D.C., sobre reconocimiento de pensión.
- Certificación bancaria del BBVA.
- Fotocopia de la Mención de honor otorgada a su hijo por excelencia académica.

III. PETICIONES

Del contenido de la demanda se concluye, que lo pretendido por el accionante es que se tutele sus Derechos Fundamentales y de su representado a la Vida, Dignidad Humana, Tranquilidad, Educación, y que en consecuencia, se ordene a los accionados oficial a la Fiduprevisora S.A., aclarando la vigencia del acta N° 036 SIM 29413801, que él es quien tiene actualmente la custodia real de su menor hijo IFSB, a efectos de levantar el embargo que pesa contra su mesada pensional, requerir a la madre del adolescente para que devuelva los recursos captados desde diciembre de 2021, y se le descuente mediante embargo al salario de ésta, la cuota que debe aportar para el sostenimiento de su menor hijo.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Luego de haber sido asignada por reparto virtual, según acta N° 4988 del 27 de mayo de 2022, mediante auto de la misma fecha se admitió la acción de tutela y se ordenó correr traslado a los accionados de la demanda de tutela a fin de informaran: “(...) (i) *si en relación con el acta N° 036 del 05 de abril de 2022, dentro de las diligencias de revisión de custodia y alimentos del menor IFSB, en donde participaron los señores JORGE EDUARDO SOTOMONTE GAMARRA Y NEILA EDITH BELLO MANTILLA, se ha emitido algún tipo de actuación administrativa posterior, en especial si ha habido algún tipo de corrección o adición a la misma, y el estado actual del trámite;* (ii) *las acciones concretas por parte del ICBF SAN GIL respecto del menor IFSB dentro del proceso de restablecimiento de derechos e intervención del ICBF y su articulación institucional, con ocasión de la respuesta de fecha Mayo 19 de 2022 del ICBF SAN GIL, con miras a asegurar en torno a los principios de interés superior y protección integral los derechos del adolescente IFSB, con ocasión de la problemática planteada por su progenitor al Centro Zonal San Gil, en la cual anuncian el inicio de tales actuaciones de protección de “vinculársele de programas institucionales y verificar su afiliación al sistema de salud”;* (iii) *así mismo para que se pronuncien sobre los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, y presenten las pruebas que consideren pertinentes para ejercer su derecho constitucional de defensa y contradicción.* (...)”.

En la misma proyección se ordenó vincular a la FIDUPREVISORA S.A., la DIRECCIÓN GENERAL DEL ICBF, el ICBF REGIONAL SANTANDER, y el JUZGADO CUARTO DE FAMILIA DE DESCONGESTIÓN DE BOGOTÁ, para que se pronunciaran al respecto. Adicionalmente se vinculó al ICBF CENTRO ZONAL SUBA, para que indicara si en ese centro zonal ha mediado solicitud alguna de trámite por custodia y alimentos, o algún otro de su competencia, en favor del menor IFSB, de parte de los señores JORGE EDUARDO SOTOMONTE GAMARRA Y NEILA EDITH BELLO MANTILLA, y en caso afirmativo, se sirvieran remitir copia de las diligencias correspondientes, o de estar en curso, señalar el estado del trámite; así mismo para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones de la demanda de tutela, presentaran las pruebas que consideraran pertinentes para ejercer su derecho constitucional de defensa y contradicción.



De igual manera, siendo necesario para integrar en debida forma el contradictorio, se dispuso vincular a la señora NEILA EDITH BELLO MANTILLA, ordenando para ello que por secretaría, atendiendo a que en el escrito genitor no se contaba con su dirección de correo electrónico, salvo un número de teléfono móvil de contacto, se estableciera comunicación con ella, en solicitud de su E-mail para efectuarle la correspondiente notificación, a fin de que se pronunciara sobre los hechos y ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

Posteriormente, tras haber recibido correo electrónico del 27 de mayo de 2022, mediante el cual el Juzgado 4 de Familia de Bogotá informa que la vinculación va dirigida es al Juzgado 4 de familia de Descongestión de esa ciudad, el cual fue convertido en el Juzgado 27 de Familia de esa misma capital, mediante auto de esa misma fecha se efectuó su vinculación formal y se le corrió traslado de la demanda para que efectuara pronunciamiento al respecto.

V. ARGUMENTOS JURÍDICOS Y FÁCTICOS DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADAS

JUZGADO 27 DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D.C.

Efectuó su contestación por correo electrónico remitido el 31 de mayo de 2022, mediante memorial suscrito por la titular del Despacho, Dra. Magnolia Hoyos Ocoró, pronunciándose de la siguiente manera: “(...) *Al descorrer el traslado, es menester señalar que el trámite de otrora asunto estuvo a cargo del extinto Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de esta ciudad y que el expediente se encuentra archivado desde el 16 de marzo de 2017, por lo que se procedió a solicitar el desarchive para los fines a que hubiere lugar, de cuya comunicación se adjunta copia.... Con todo, como del escrito de tutela no se advierte inconformidad del accionante respecto de la actuación dispensada por este estrado, me permito solicitar respetuosamente la desvinculación del trámite constitucional, por falta de legitimación en la causa por pasiva. (...)*”

JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS, DEFENSOR DE FAMILIA ICBF SAN GIL

Vía E-mail, recibido el 01 de junio de 2022, emitió contestación al requerimiento del Despacho, manifestando que: “(...) *Sobre los temas relacionados a la custodia y visitas se logró llegar a consenso, puesto que el suscrito entendía que debía respetarse la voluntad del menor, la cual sus progenitores de manera conjunta indicaron que era permanecer bajo el cuidado del señor Sotomonte. A fin de respaldar esa decisión, consulté las previas verificaciones de derechos, las cuales apuntaban a que el cuidado proporcionado por el progenitor garantizaba sus derechos. Finalmente, en relación a la fijación de cuota alimentaria, luego de escuchadas ambas partes, quienes mostraron profundo desacuerdo sobre una cifra en particular, opté por fijar la suma de 700.000 pesos, advirtiéndoles que se trataba de una suma provisional. El señor Sotomonte en discordancia con el monto establecido (porque quería que fuera un monto aproximado a los dos millones de pesos) aportó algunas pruebas y dichos, a lo cual le indiqué que el encargado por excelencia de realizar una valoración probatoria para fijar la cuota alimentaria encaminada a los alimentos congruos debía ser el Juez de Familia. Sólo este hecho de índole económica desató en el señor Sotomonte una profunda ira la cual le llevó a proferir palabras grotescas, situación que llevó a la progenitora del menor a exigirle respeto hacia mi persona. En medio de la caótica diligencia que abarcó auditivamente todo el Centro Zonal, puesto que el señor Sotomonte tenía un tono de voz escandaloso, me solicitó que enviara un oficio a la Fiduprevisora, cuestión que no logré entender dado lo acalorado del momento. En fin, decidió retirarse de la diligencia, a lo cual decidí dejar las constancias que reposan en la misma acta conciliatoria, la cual ya fue aportada como prueba en este trámite.*

Atendiendo a los problemas de comunicación del señor y el desconocimiento del suscrito en torno a la medida de embargo que sobre su salario recaía por orden judicial, le



solicitó que presentara un derecho de petición, a fin de que su solicitud fuera estudiada detalladamente. Cuestión que estimé fue lo más prudente y sensata atendiendo a que desconocía este funcionario si el embargo mencionado era por cuenta de un proceso ejecutivo, divorcio o de otra naturaleza. En conclusión, este despacho actuó con apego a la ley que regula los trámites conciliables sin que se vieran vulnerados ningún tipo de derechos fundamentales. (...)

Por lo anterior expresa que esta acción constitucional es improcedente, pues no se probó la existencia de un perjuicio irremediable, acotando que el mecanismo idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico que sustenta la demanda es el Juez de Familia, a quien corresponderá fijar cuota definitiva de alimentos y revisar detalladamente lo que concierne al embargo impuesto por otro juez en virtud de una sentencia, aunado a que el requisito de procedibilidad fue agotado en debida forma.

FIDUPREVISORA S.A.

Vía E-mail, recibido el 01 de junio de 2022, mediante memorial suscrito por la señora AIDEE JOHANNA GALINDO ACERO, en su condición de Coordinadora de Tutelas, teniendo en cuenta la situación fáctica planteada en la presente acción constitucional, advierte que, una vez recibida la solicitud del accionante, esa entidad procedió a emitir contestación de fondo a la misma, bajo el radicado 20220160995661 del 04 de mayo de 2022, la cual fue remitida a la dirección de notificación aportada por el peticionario jorgeeduardosotomonte@yahoo.es, y donde entre otros aspectos le informa que: “(...) Respetuosamente nos permitimos manifestar al Despacho que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, se informa que la única forma que se realice levantamiento de la medida es que el juzgado lo ordene mediante oficio de lo contrario seguirá la medida vigente. (...)”

Acota que, de conformidad con lo anterior, resulta evidente que esa entidad proporcionó contestación de fondo a la solicitud elevada por la parte actora en los términos establecidos por la ley, y por tanto no ha incurrido en conductas concretas, activas u omisivas que afecten el derecho fundamental de petición en cabeza del accionante, toda vez que se han atendido oportunamente todos los requerimientos efectuados a ella.

Con base en lo precedente, solicita declarar la figura del hecho superado y la inexistencia de vulneración de derechos fundamentales por parte de la Fiduprevisora.

Conforme a lo requerido, acreditó lo anteriormente esbozado, anexando copia de la contestación efectuada mediante radicado N° 20220160995661, DEL 04 DE MAYO DE 2022.

VINCULADA NEILA EDITH BELLO MANTILLA

Dio contestación a través de correo electrónico allegado el 01 de junio de 2022, detallando en su escrito de manera extensa, acontecimientos vividos en torno al caso concreto relacionado con su hijo IFSB, y la situación fáctica planteado en el libelo inicial, afirmando, entre otros aspectos, que el aquí accionante, en años anteriores había desplegado conductas discriminatorias hacia su hijo, por su condición sexual, dado que es homofóbico, profiriéndole insultos cuando se comunicaba con él, los cuales pudo escuchar puestos en el altavoz del celular.

Acepta que tuvo que corregir a su hijo, dado que al comunicarle su inclinación sexual fue un tanto altanero, por lo cual le exigió respeto, pero que nunca existió discriminación o acoso por su parte o de sus otros hermanos, existió diálogo entre ellos, lo escuchaban y le daban consejos; que nunca durante el tiempo que compartieron después de su decisión, manifestó depresión ni actitudes suicidas, aduciendo que esas se las ha venido induciendo el padre para alertar y justificar su necesidad de desembargo. Comenta que el año pasado,



su hijo presentó una crisis de adolescente, donde todo lo que se le decía lo asumía como discriminatorio, y tuvo un cambio de actitud bastante fuerte, por lo cual tuvo que sacarle citas psicológicas para ayudarlo a entenderse a sí mismo. Acota que, finalizando el año pasado, decidió que viniera a pasar vacaciones con su padre, dado que ella iba a estar fuera del país de vacaciones y el menor debía estar bajo una autoridad, pues veía que su comportamiento no lo lograba manejar sólo.

Relata que coincidentalmente se le cumplió el término del contrato de arrendamiento del apartamento donde vivían, y los dueños le pidieron, razón por la que tuvo que desocuparlo y pasarse a otro apartamento transitorio, mientras hacían remodelaciones en el que estaban, pero que actualmente ya están nuevamente viviendo allí mismo.

Manifiesta que el padre del menor, ha aprovechado el tiempo que ha estado conviviendo con él, para manipularlo y ponerlo en su contra, por lo que no la llama, aduciendo que lo tiene secuestrado ideológica y físicamente, y que por ello no es una buena influencia para su hijo, ni es un buen padre. Adiciona aspectos divergentes entre los dos padres respecto de la educación, custodia, cuidado, bienestar y gustos de su menor hijo, al igual que resalta algunos logros personales y académicos de su hijo Inti, y los esfuerzos que realizó para propiciarle condiciones óptimas en aras que su hijo se preparara adecuadamente para los exámenes del ICFES y obtuviera el puntaje que requería para ingresar al programa de Medicina en la Universidad Nacional a donde se había inscrito, cuyo resultado no se dio, advirtiendo que no ha iniciado la universidad no por falta de dinero, sino porque no pasó el proceso de admisión y sólo quiso presentarse a la Nacional de Bogotá. Sin embargo, afirma que ella ha estado pendiente de recordarle sobre los procesos de admisión en las universidades para que se inscriba, pese a que el menor no atiende sus recomendaciones, y que siempre le ha prodigado mensajes de cariño a un hijo que desea emanciparse, pero que no está en el camino correcto.

Aduce que el comportamiento actual de su hijo hacia ella es coaccionado y manipulado por su padre, quien siendo homofóbico, ahora mágicamente lo acepta y lo deja hacer lo que quiera con libertad absoluta de sus caprichos, con tal de que esté a su lado para justificar una custodia que le representa exclusivamente la recuperación de su salario y el aporte de ella, aduciendo que lo está utilizando para tales fines, y que una vez cumpla su cometido, se desentenderá de él, por lo cual es su deber cubrir y proteger los derechos de su hijo, situación que en este momento él no puede ver ni entender. Resalta las acciones que ha ejecutado en favor del bienestar integral de su hijo.

Comenta que observando el comportamiento altanero y desafiante de su hijo, en noviembre decidió acudir al ICBF Centro Zonal Suba, donde le explicaron al menor que podía escoger con quien vivir, pero que habría una conciliación hasta el 22 de junio de 2022 para definir de manera permanente su estadía.

Describe una cantidad de sucesos adversos presentados tanto con su hijo como con el padre, dejando entrever que todo ello es producido por la discordia existente en torno a la custodia y el descuento de la cuota alimentaria que el progenitor pretende recuperar y que no le sea descontada de su salario por más tiempo, y que en su lugar la madre aporte la cuota que le corresponde.

Expresa que en su preocupación por saber de su hijo, vio la necesidad de comunicarse con el hijo mayor de Jorge, y de la información que recibió dio parte al ICBF de Suba, quien trasladó el caso para San Gil, y sin embargo ella decidió viajar hasta este municipio para conocer de primera mano la situación en la que se encontraba el menor, sin correr con buena suerte, informando lo pertinente al Bienestar Familiar, produciéndose la citación a conciliación para el 5 de abril, en cuyo momento quiso hablar a solas con su hijo, pero el menor no quiso hacerlo, así como tampoco quiso saludar a sus hermanos y la nana que habían venido a acompañarla.

Continúa su narrativa demarcando aspectos que reafirman las contradicciones y desacuerdos que han tenido en relación con el caso en estudio, y recalca la incapacidad



del padre para propiciarle un ambiente sano a su hijo, lo mismo que insiste en que su objetivo es económico en procura de que le sea levantado el embargo de su salario y obtener el apoyo monetario de parte de ella, y que cuando lo logre, lo terminará echando de la casa, y ahí estará ella para recibirlo y continuar con su proyecto de vida que habían trazado para su carrera profesional en Bogotá, y gestionar becas para el exterior en genética, aprovechando los contactos que pudo dejar en su viaje de fin de año, pues el chico es capaz de lograrlo.

Remata su misiva solicitando denegar la presente acción de tutela, ya que éste no es el camino adecuado para desarrollar el proceso que debe seguirse después de la conciliación fracasada en el ICBF de San Gil.

Como probatoria apporto lo siguiente:

- Certificación crediticia de la cooperativa Canapro, del 01 de abril de 2022
- Audio de llamada sostenida con el hijo mayor del señor Jorge Sotomonte.
- Audio de la audiencia de conciliación del 05 de abril de 2022
- Video del menor, en desarrollo de su proyecto académico en el SENA sede Casucá (Soacha).

ICBF CENTRO ZONAL SUBA

Vía E-mail del 01 de junio de 2022, mediante memorial suscrito por el señor JORGE ENRIQUE ROMERO CAITA, en calidad de Defensor de Familia del ICBF REGIONAL BOGOTÁ, CENTRO ZONAL SUBA, refirió las actuaciones desplegadas en torno al caso en estudio, así:

1. Que el día 5 de mayo de 2010 la señora NEILA EDITH BELLO MANTILLA solicito a ese centro realizar conciliación de fijación de alimentos y régimen de visitas siendo asignada la citación para el 19 de mayo siguiente, a la cual no asistió ninguno de los progenitores convocados, y el día 25 de agosto de 2011 se ordena el cierre de la petición.
2. El 27 de marzo de 2012 el señor Sotomonte solicita una nueva conciliación para fijación de custodia, tenencia y cuidado personal, siendo fijada la audiencia para el 26 de abril de 2022; a la diligencia no comparecen los interesados y se ordena el archivo.
3. El 26 de noviembre de 2021, mediante SIM 146121170, la señora NEILA BELLO solicita audiencia de revisión de custodia, visitas y alimentos, siendo señalada para el 30 de junio de 2022.
4. El señor SOTOMONTE informa al ICBF Centro Zonal Suba, por medio de escrito, que el hijo IFSB está bajo su cuidado y tenencia personal por decisión de la progenitora y siendo residente en la ciudad de San Gil, Santander.
5. Que el señor SOTOMONTE acudió al ICBF CENTRO ZONAL SAN GIL para llevar a cabo diligencia de conciliación de revisión de custodia, alimentos y visitas que fue programada para el 5 de abril de 2022.
6. Que teniendo en cuenta el factor territorial, siendo la ciudad de San Gil el domicilio del adolescente beneficiario, ese Despacho ordenó el cierre de la petición.

Acota que actualmente en esa sede administrativa NO está en trámite ninguna solicitud en favor del adolescente antes mencionado.

CRISTÓBAL IGUA BAYONA, DEFENSOR DE FAMILIA DE SAN GIL

Envío su respuesta vía E-mail el 01 de junio de 2022, y de entrada solicita que declare improcedente la acción de tutela, y en consecuencia se niegue el amparo, y las declaraciones que el actor persigue, teniendo en cuenta que los derechos que considera cercenados se le han amparado y garantizado no solo por el ICBF Centro Zonal San Gil



sino también por el Defensor de Familia CRISTÓBAL IGUA BAYONA en calidad de uno de los accionados.

Agrega que de su parte no se ha emitido algún tipo de actuación posterior, ni ha hecho alguna corrección o adición al acto administrativo toda vez que el mismo no es de su creación y por lo tanto no puede modificarlo o adicionarlo y que su actuación se dio en el trámite de una respuesta a un derecho de petición en vista de que el titular no se encontraba, el cual se produjo en términos y en derecho de acuerdo a lo solicitado por el accionante.

Dice que no puede referirse a los demás aspectos planteados en la tutela, toda vez que como ya lo advirtió su actuación se limitó única y exclusivamente a responder el derecho de petición impetrado por el accionante, desconociendo los pormenores del trámite efectuado con ocasión de la audiencia de conciliación adelantada por su colega José Fernando Ángel Porras, en la cual las partes no llegaron a un acuerdo y por ello se declaró fracasada, y en el marco de sus competencias el defensor de familia dictó las medidas provisionales que correspondían para garantizar los derechos del NNA IFSB y los dejó en libertad de acudir a la jurisdicción ordinaria, acción que no ejecutó el señor Sotomonte, sino que por el contrario se ha dedicado a denigrar de los funcionarios que han actuado dentro de este trámite incluido él, para lo cual transcribe el escrito que dirigió en su detrimento.

Refiere que en ninguna parte de su respuesta habla de acta rechazada como lo afirma el accionante, sino que allí se expresa que fue una conciliación fracasada, que es totalmente diferente, al igual que afirma que nunca se refirió al menor como NIÑA, sino como NNA que significa Niño, Niña o Adolescente, según la ley 1098 de 2006, contrario a lo afirmado por el actor.

Cita las causales de improcedencia de la acción de tutela, acorde con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991, resaltando que no procede cuando existen otros recursos o medios de defensa judiciales idóneos a los que debe acudir, para el caso concreto pudo hacerlo ante la justicia ordinaria, para que se surtiera mediante el trámite de un proceso verbal sumario. Advierte además que nunca se le negó el derecho, ya que al contrario, su actuación fue dar respuesta al derecho de petición dirigido al otro Defensor de familia, quien estaba en permiso de estudio y allí se le manifestaba que con la diligencia de conciliación fracasada se agotaba el requisito de procedibilidad para iniciar la acción judicial ante la jurisdicción ordinaria para reclamar sus derechos, y en la misma solicitar una medida cautelar frente a los descuentos que estaba realizando la Fiduprevisora de su mesada pensional, por lo que considera que, por una parte no se ha vulnerado el debido proceso, y por otra, no es el mecanismo judicial para premiar a quienes no acuden a los medios ordinarios creados por la ley para hacer valer sus derechos.

Se opone a lo pretendido por el accionante, considerando que la situación fáctica, en su gran mayoría no corresponde a la verdad, y que no existe un nexo de causalidad entre los hechos y los derechos que consideran violados, en tanto nada tiene que ver el dar respuesta a un derecho de petición en términos de ley y acorde a lo solicitado, con el amparo del derecho a la vida. La dignidad, la tranquilidad, la educación y el debido proceso.

En sustento de lo afirmado cita apartes jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional sobre la procedencia o improcedencia de la acción de tutela.

MYRIAM VELANDIA FLÓREZ, COORDINADORA ICBF CENTRO ZONAL SAN GIL.

En escrito remitido por correo electrónico del 02 de junio avante, respondió que indagó con el Defensor de familia encargado del caso, quien además se encontraba en su periodo vacacional y que por parte de la regional Santander no se designó reemplazo alguno debido a los efectos de la ley de garantías, y expresa que respecto de si se ha realizado actuación posterior sobre corrección o adición del acta N° 036, ello no se ha realizado.



Frente a los hechos y pretensiones de la demanda manifiesta que esa Coordinación es respetuosa de la autonomía de los Defensores de Familia, quienes fungen como autoridad administrativa, y en el caso de la conciliación, son ellos quienes dirigen el desarrollo de la misma, entendiendo que en el caso eventual de un no acuerdo, sus decisiones son vinculantes hasta tanto un juez decida definitivamente.

Agrega que tramitó una queja contra el Dr. José Fernando Ángel Porras, la cual se archivó por cuanto, luego de las respectivas averiguaciones no se encontró actuar irregular, sólo se le solicitó, de conformidad con el Código General del Proceso, la aclaración, corrección o adición de la misma, habida cuenta del error mecanográfico involuntario que había cometido, lo cual no se ha realizado por cuanto el Defensor se encontraba en comisión de servicios en la ciudad de Barrancabermeja.

VI. CONSIDERACIONES

A. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

De acuerdo con el art. 86 de la Constitución Nacional, el objetivo fundamental de la Acción de Tutela no es otro que la protección efectiva de los derechos constitucionales fundamentales cuando los mismos se han visto vulnerados, o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en los casos expresamente señalados por la Ley.

La Carta Política de 1991 consagra importantes garantías constitucionales y mecanismos para hacerlas efectivas, entre los cuales se encuentra la Acción de Tutela (Art. 86) diseñada con el objeto de proteger en forma inmediata los derechos fundamentales.

Así concebida, la acción de tutela es un derecho preferencial que se concreta en una vía judicial, a través de la cual las personas naturales o jurídicas tienen la facultad de exigir ante cualquier Juez de la República, en todo momento y lugar la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando han sido vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por sujetos particulares en casos excepcionales.

Pero no obstante, ese carácter instrumental de justicia de tutela, no debe emplearse dada la informalidad y brevedad de los términos procesales a ella aplicables, para que los ciudadanos sometan a consideración por esta vía todo tipo de inquietudes y conflictos, cuando al tenor del Art. 6 del Decreto 2591 de 1991 la acción es de naturaleza subsidiaria, es decir, procede tan solo cuando el titular del derecho violado o amenazado no cuente con otro medio judicial de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Así se ha pronunciado la Corte:

“(...) En otros términos, la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente al de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta le reconoce.” (Gaceta Constitucional, Sentencia T-001, Abril 3 de 1992, página 167).



B. COMPETENCIA.

El artículo 86 de la Constitución Política dispone que, a través de la acción de tutela, toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

La protección consistirá en una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo y procederá sólo en la medida en que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela sea utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Es así como la acción de tutela se encuentra reglamentada en los Decretos Legislativos 2591 de 1.991 y 306 de 1.992, así como por el Auto 124 de 2009, por lo que de acuerdo a esta reglamentación se dio trámite a la presente.

C. LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES INTERVINIENTES

El presente libelo fue interpuesto por el señor JORGE EDUARDO SOTOMONTE GAMARRA, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 91'151.048 expedida en Floridablanca, quien de forma directa, en su propio nombre y representación de su menor hijo IFSB, reclama la protección de sus Derechos Fundamentales a la Vida, Dignidad, Tranquilidad, Educación y Debido Proceso, presuntamente vulnerados por parte de los accionados. Así, en el caso bajo estudio, este Despacho encuentra acreditado el requisito de legitimación en la causa por activa.

De igual manera, los Defensores de Familia de San Gil, JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y CRISTÓBAL IGUA BAYONA y la COORDINADORA DEL CENTRO ZONAL ICBF SAN GIL, Dra. MYRIAM VELANDIA FLÓREZ, como servidores Públicos, están legitimados por pasiva en la medida en que se le atribuye la supuesta vulneración de los Derechos Fundamentales deprecados por el accionante. En igual sentido las vinculadas, FIDUPREVISORA S.A., la Dirección General del ICBF, el ICBF REGIONAL SANTANDER, ICBF CENTRO ZONAL SUBA, Juzgado Cuarto de Familia de Descongestión de Bogotá, Juzgado 27 de Familia de Bogotá y de la señora NEILA EDITH BELLO MANTILLA.

D. PROBLEMA JURÍDICO

Se centra en establecer, si los directamente accionados y/o las vinculadas han vulnerado o no los Derechos Fundamentales a la Vida, Dignidad, Tranquilidad, Educación y Debido Proceso en desfavor del señor JORGE EDUARDO SOTOMONTE GAMARRA y su menor hijo IFSB, por presuntamente no haber atendido su requerimiento de oficiar a la Fiduprevisora para que le levantaran el embargo que pesa sobre su mesada pensional, y haber faltado a su deber institucional de proteger los derechos de su menor hijo; y si es la acción de tutela el medio idóneo para tales fines.

E. ASPECTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL A CONSIDERAR

DEBIDO PROCESO

Como referente jurisprudencial, se resalta el concepto y directrices que el máximo organismo Constitucional ha trazado en torno al Derecho al Debido Proceso, y que ha venido siendo reiterado en diversos fallos de la Corte Constitucional, como es el caso de lo plasmado en la sentencia C-980 de 2010¹, en donde expresa:

¹ Sentencia C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



“DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Concepto y alcance

Como es sabido, el debido proceso es un derecho constitucional fundamental, consagrado expresamente en el artículo 29 de la Constitución Política, el cual lo hace extensivo “a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. La jurisprudencia constitucional ha definido el derecho al debido proceso, como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnimoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P).”.

SUBSIDIARIEDAD

De igual manera, es indispensable traer a colación los preceptos que la alta corporación constitucional ha demarcado respecto de la subsidiariedad como requisito para la procedibilidad de la tutela, que en sentencia T-065/19², expresó:

*“(…) 4. **Subsidiariedad:** El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En virtud de su naturaleza subsidiaria, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos”³ y ha reconocido que tal calidad “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”⁴. En cualquier caso, deberá verificarse si los mecanismos judiciales ordinarios resultan eficaces para la protección del derecho, pues en caso de que así no sea, la acción de tutela será procedente.*

5. Al respecto, la sentencia T-222 de 2014 manifestó: “[e]ste requisito de subsidiariedad implica, en otros términos, que el amparo constitucional procede siempre y cuando, en principio, no exista en el ordenamiento jurídico otro mecanismo judicial para defender el derecho que se discute. La idea es que la tutela no se convierta en un sustituto ni en una vía paralela a otras instancias. Precisamente, todos los procesos judiciales deberían, como en efecto tiene que suceder, ser los principales guardianes y defensores de los derechos fundamentales de las personas. Los primeros llamados a protegerlos son los jueces ordinarios (Artículo 4 CN). A partir de allí, esta Corporación ha fijado unas reglas que deben tenerse en cuenta”.

6. Acto seguido, la mencionada sentencia T-222 de 2014, al realizar el examen de subsidiariedad, afirmó que dicho análisis no finaliza con corroborar la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sino que, además, implica verificar que dicho medio de

² Corte Constitucional, Sentencia T-065 del 19 de febrero de 2019, M.P. Alejandro Linares Castillo.

³ Ver, sentencia T-603/15.

⁴ Ibidem



defensa sea idóneo y eficaz, puesto que, en caso de no serlo, la acción de tutela será el mecanismo indicado para proteger los derechos fundamentales y en consecuencia evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

7. La eficacia consiste en que el mecanismo judicial esté “diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”⁵. Es decir, que una vez resuelto por la autoridad judicial o administrativa competente, tenga la virtualidad de garantizarle al solicitante oportunamente el goce del derecho. A su vez, se entiende que una acción judicial es inidónea, cuando “no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido”⁶.

8. Igualmente, en consonancia con los artículos 86º Constitucional y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela también podrá interponerse como mecanismo transitorio, cuando existiendo un mecanismo judicial principal, la intervención del juez constitucional resulta imperativa para evitar que se configure un perjuicio irremediable, el cual debe ser inminente, grave, urgente e impostergable. Lo anterior, implica que se caracteriza por ser “(i) una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”⁷.

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 23º y 24º del Código de la Infancia y de la Adolescencia⁸ 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 31º de la Ley 640 de 2001⁹, 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 acta¹⁰ 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

⁵ Sentencia T-113/13.

⁶ Sentencia T-471/14.

⁷ Sentencia T-702/08.

⁸ Ley 1098 de 2006.

⁹ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

¹⁰ Artículo 1º de la Ley 640 de 2001.



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 Proceso¹¹, 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 21º 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 3º 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 1989¹², 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 2001¹³.

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 5º 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 sentencia¹⁴.

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”¹⁵. 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.

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.

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

¹¹ Ley 1564 de 2012.

¹² Por el cual se organiza la Jurisdicción de Familia, se crean unos Despachos judiciales y se dictan otras disposiciones.

¹³ Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

¹⁴ Ver sentencias C-269/98, C-718/12 y T-311/17.

¹⁵ Ver sentencias T-024/09, T-884/11, C-239/14 y C-569/16.

¹⁶ Ver sentencias T-884/11, C-239/14 y C-569/16.

¹⁷ Ver sentencia C-569/16.



Infancia y de Adolescencia¹⁸, 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 psicológica, 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. (...)”.

INTERÉS SUPERIOR Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

De igual manera es importante considerar lo que el máximo órgano Constitucional ha decantado, respecto del interés superior en la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que en su sentencia T-033/20¹⁹, expresó:

“(...) El derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separados de ella

23. Una de las garantías contenidas en el artículo 44 de la Constitución en favor de los niños, niñas y adolescentes es el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella, “el cual se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para

¹⁸ Medidas de Restablecimiento de los Derechos. Artículo 50 y subsiguientes de la Ley 1098 de 2006.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-033 del 30 de enero de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



poder desarrollarse en forma plena y armónica”²⁰. Así mismo, el artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006)²¹ establece que a los niños, las niñas y a los adolescentes les asiste el derecho a tener y crecer en el seno de una familia, a ser acogidos y a no ser expulsados de ella. Esa disposición indica además que solo podrán ser separados de esta cuando no le garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a los procedimientos establecidos para cada caso concreto²².

24. Desde sus primeros pronunciamientos, esta Corporación ha resaltado la importancia del derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y no ser separado de ella; por ejemplo, en la sentencia T-290 de 1993, expuso consideraciones que por su relevancia vale la pena recordar. En esa oportunidad, señaló que “[d]e la naturaleza humana se desprende inevitablemente el **derecho de padres e hijos a establecer y conservar relaciones personales entre sí**. Ese derecho comprende las distintas manifestaciones de recíproco afecto, el continuo trato y la permanente comunicación, que contribuyen a satisfacer en unos y otros naturales y legítimas aspiraciones derivadas de los lazos de sangre, cuyo fundamento no está ligado a la subsistencia del vínculo matrimonial ni a la vida en común de los padres, ni depende tampoco -tratándose de matrimonios disueltos- de si se tiene a cargo o se carece de la custodia de los menores”. (Resaltado fuera del texto original).

Así mismo, hizo énfasis en que los derechos de los niños “**no pueden estar supeditados a los conflictos y problemas suscitados entre sus progenitores**, independientemente de quién los haya provocado y de las motivaciones que animen las posiciones personales antagónicas entre ellos (...) en el plano de lo racional, los mayores no gozan de autoridad ni de legitimidad para imponer a los menores el fardo de sus propias desavenencias”. Con sustento en lo anterior, señaló que “**todo intento de frustrar en los niños las naturales tendencias de afecto, respeto y consideración hacia ambos padres, en igualdad de condiciones y posibilidades, constituye grave atentado contra los más sagrados principios morales y jurídicos**”. (Resaltado fuera del texto original).

En esa sentencia, la Corte también indicó que el derecho inalienable y mutuo a las relaciones personales entre padres e hijos es de doble vía, es decir, “si se reconoce a los hijos, de consiguiente existe para ambos padres en igualdad de condiciones”. Aclaró que esto implica “**el deber correlativo y mutuo que tienen ambos padres en el sentido de no obstaculizar el uno al otro el ejercicio de su correspondiente derecho**”, salvo que esté de por medio el interés superior del niño “en aquellos casos en que se pruebe judicialmente que el contacto del menor con alguno de sus progenitores puede causarle daño físico o moral”²³. (Resaltado fuera del texto original).

25. Lo anterior ha sido reiterado en otros pronunciamientos, donde este Tribunal ha señalado que la importancia del derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella radica en que “su satisfacción constituye una necesaria condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación, etc. de los cuales son acreedores legítimos”²⁴. Bajo ese entendido, la condición de miembro de familia “impone a quienes la ostentan claros e importantes deberes, especialmente frente a los menores de edad que forman parte del mismo

²⁰ Sentencia T-510 de 2003.

²¹ Artículo 22: “DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. // Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

²² Este derecho ha sido reconocido por varios instrumentos internacionales, por ejemplo, el Principio 6 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959) establece que el menor requiere cariño y comprensión, y que cuando sea posible, deberá crecer bajo el cuidado y responsabilidad de sus padres, en una atmósfera de afecto y de seguridad material y moral; según este mismo principio, la sociedad y las autoridades tienen el deber de proporcionar un especial cuidado a los niños desprovistos de familia, y a los que carecen de medios adecuados de sustento. // La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional (adoptada por la Asamblea General mediante la Resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986), establece que los Estados deberán conferir una alta prioridad al bienestar familiar e infantil (art. 1), y que el bienestar de los niños depende del bienestar de su familia (art. 2). Así mismo, el Preámbulo del Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional establece que “para el desarrollo armónico de su personalidad, el niño debe crecer en un medio familiar, en un clima de felicidad, amor y comprensión”.

²³ Estas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia T-408 de 1995.

²⁴ Sentencia T-510 de 2003.



núcleo familiar, y con más razón cuando se trata de los padres”²⁵, cuyo deber principal es otorgar las condiciones para que los niños crezcan y se desarrollen de manera adecuada.

En la sentencia T-510 de 2003, esta Corporación mencionó que una medida que tenga como resultado separar a un menor de su familia solo es procedente cuando las circunstancias del caso permitan determinar que esta no es apta para cumplir con sus funciones básicas, atendiendo al interés superior del menor. Allí se indicó que al momento de establecer la idoneidad de un determinado grupo familiar, se deben 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 tomar²⁶.

Por consiguiente, dentro del contexto de análisis sobre el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, es relevante el papel de la maternidad y/o paternidad, que no se trata de “un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor”²⁷, siendo entonces indispensable establecer la aptitud de un determinado núcleo familiar, lo cual implica analizar el cumplimiento de los deberes y obligaciones parentales frente a los hijos.

26. *Es por lo anterior que esta Corporación ha resaltado que, en algunos casos, puede generarse una estructura familiar diversa por la separación de ambos padres, situación que genera, evidentemente, que el derecho de custodia y cuidado personal quede a cargo de uno de ellos, mientras el otro conserva el derecho de visitas. Sobre el particular ha indicado lo siguiente:*

*“Si bien este evento puede considerarse como una alteración al entorno familiar de un niño que conocía otra configuración del grupo, no por ello la escisión ha de ocasionar la ruptura de los lazos familiares, pues precisamente frente a situaciones como éstas deben aplicarse los postulados convencionales, constitucionales y legales de protección a la familia. **Este tipo de separaciones, siempre que no estén relacionadas con la pérdida de la patria potestad o de la autoridad paterna, de ninguna manera implican pérdidas sobre los derechos y deberes de crianza, cuidado y acompañamiento, por lo que el padre visitador tiene facultad de entablar y mantener, sin obstáculos, relaciones interpersonales y de contacto directo con sus hijos (...).***

*De suerte que, el ejercicio del derecho a mantener una relación estable y libre de condicionamientos frente a sus hijos y la facultad de desarrollar una relación afectiva como la considere pertinente cada padre, solo supone el límite mismo de los intereses prevalentes del niño. **Por esta razón, dentro de todas las dinámicas familiares, pero especialmente las estructuradas desde la separación parental, es indispensable que cada uno de los progenitores respete la imagen del otro frente a sus hijos, evitando cualquier posición de superioridad frente a aquél que no tiene la***

²⁵ Ibidem.

²⁶ Al respecto, explicó que: “[E]n 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’. // 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. // Por último, existen circunstancias cuya verificación no es suficiente, en sí misma, para justificar una decisión de separar al menor de su familia biológica. 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 menores. 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”.

²⁷ Sentencia T-339 de 1994.



tenencia del menor, o del otro lado, el empleo de artificios de victimización para lograr compasión de los menores frente al otro padre²⁸. (Resaltado fuera del texto original).

A propósito de lo expuesto, en la sentencia T-311 de 2017, esta Corporación solicitó diferentes conceptos sobre lo que ha sido denominado como **alienación parental**, encontrando que: “implica que una separación marital puede llevar a la destrucción de la imagen de uno de los padres frente a los hijos, si los adultos involucran a los hijos de forma inadecuada en sus problemas. Esto lleva a que la figura ausente -sea padre o madre- se visualice como la culpable del estrés traumático que experimentó la familia o de eventos frustrantes sufridos por la misma. Esta cuestión, a largo plazo, hace que los niños acumulen rabia hacia el progenitor alienado e, incluso, lleguen a experimentar problemas afectivos como la depresión, la asunción de roles que no le corresponden al niño y dificultades, al llegar a la adultez, para establecer relaciones de confianza con personas significativas como la pareja o los amigos”²⁹.

De igual forma, se señaló que se trata de una forma específica y sutil de maltrato infantil, donde “los niños/as quedan atrapados en la telaraña de los problemas de los adultos, -disputas por la guarda, la patria potestad y la custodia- incidiendo sus padres en que tomen partido en conflictos ajenos, en crisis que no entienden y forzándolos a que se inscriban en facciones antagónicas”³⁰.

Recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³¹ señaló que el comportamiento manipulador de los padres hacia los hijos, “corresponde a un tipo de violencia de género en donde la víctima no es solo el menor involucrado, sino también el progenitor que se ve injustamente vilipendiado por el excompañero transgresor”. También manifestó que si bien, tanto la normatividad nacional como los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, imponen que en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados, los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta **“dicho imperativo no puede ser aplicable en forma absoluta, en los casos en que razonadamente se sospeche la presunta ocurrencia de un estado de alienación parental, pues resulta claro que en dicho evento, la voluntad del menor se halla determinada por el padre controlador”**; en todo caso, aclaró que ello debe “ser sometido a una rigurosa valoración probatoria que permita al juez llegar al pleno convencimiento sobre la imposibilidad del infante de emitir libremente su opinión, sin perjuicio de la garantía al debido proceso tanto de éste como de sus progenitores”. (Resaltado fuera del texto original).

27. Por ello la Corte Constitucional ha manifestado que “el niño tiene derecho a que sus padres obren como tales, a pesar de las diversas circunstancias y contingencias que puedan afectar su relación como pareja. La ruptura del vínculo entre los padres no disminuye ni anula de ninguna manera sus deberes para con los hijos ni su correspondiente responsabilidad”³². Así mismo, ha destacado que uno de los eventos más traumáticos para los miembros de una familia es su separación, en especial cuando existen hijos menores de edad quienes terminan siendo los más perjudicados con la ruptura de la pareja que conformaban sus padres. Al respecto, en la sentencia T-384 de 2018 este Tribunal indicó:

“Justamente, derivado de los procesos de divorcio, nulidad de matrimonio, separación de cuerpos de sus padres u otros procesos similares, a los niños, niñas y adolescentes no debería trasladárseles la carga traumática que representa la terminación del vínculo familiar, sino que los padres -en primera medida- y las autoridades competentes deben propender por garantizar su estabilidad física, mental y psicológica a partir de un entendimiento civilizado que permita definir de manera prevalente la custodia y el cuidado personal de los menores hijos en beneficio del derecho fundamental que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella, bien sea porque se trate de una decisión que se deba asumir en el

²⁸ Sentencia T-115 de 2014.

²⁹ Concepto del Departamento de Psicología de la Universidad de los Andes.

³⁰ Concepto del Departamento de Antropología de la Universidad Nacional.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC16106-2018 (radicación n.º 54518-22-08-001-2018-00031-01) del 7 de diciembre de 2018. M.P: Luis Armando Tolosa Villabona.

³² Sentencia C-239 de 2014 (MP Mauricio González Cuervo).



marco de aquellos procesos en mención, o en el trámite sumario que pretenda definir la custodia y el cuidado personal de los hijos no emancipados.

Los niños, niñas y adolescentes no pueden ser tratados como trofeos de la contienda personal y patrimonial que exista entre sus padres; por el contrario, se les deben brindar las garantías para que, a pesar de la ruptura sentimental de sus padres, puedan crecer en un ambiente donde adquiera relevancia la progenitura responsable con la intervención de ambos padres de ser posible, en procura de lograr el desarrollo armónico e integral de los niños, su estabilidad, su seguridad y el afianzamiento del sentimiento de valoración a través de la familia.

*Aun cuando los padres estén separados por diversas razones, la convivencia familiar con los hijos se debe garantizar en la medida que responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, pues **el divorcio, la nulidad del matrimonio, la separación de cuerpos de los padres o la finalización de la unión marital de hecho, no afecta el estatus y los derechos de los niños, niñas y adolescentes**, en tanto la relación filial permanece y con ello los deberes y las obligaciones que se adscriben a los progenitores". (Resaltado fuera del texto original).*

Se puede concluir de lo anterior que el derecho de los niños, niñas y adolescentes a tener una familia y a no ser separados de ella, comprende las manifestaciones de protección, afecto, educación y cuidado para que los menores crezcan en óptimas condiciones físicas y emocionales, así como en un entorno familiar adecuado. Solo en circunstancias excepcionales y cuando se halle acreditada a falta de idoneidad del entorno familiar, el menor puede ser separado de este. En todo caso, el fundamento de esa prerrogativa constitucional no puede estar ligado a la subsistencia de un vínculo matrimonial o vida en común de los padres, y la garantía de ese derecho no debe verse afectada por los conflictos de pareja. En consecuencia, los progenitores están en la obligación de respetar la imagen del otro frente a sus hijos, pues ello podría constituirse en un tipo de maltrato infantil e iría en contravía del interés superior del niño, niña o adolescente. (...)"

VII. CASO EN CONCRETO

Como se dejó consignado en los antecedentes, el señor JORGE EDUARDO SOTOMONTE GAMARRA, interpone acción de tutela en nombre propio y representación de su menor hijo IFSB, contra los Defensores de Familia de San Gil, JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y CRISTÓBAL IGUA BAYONA y la COORDINADORA DEL CENTRO ZONAL ICBF SAN GIL, Dra. MYRIAM VELANDIA FLÓREZ, propendiendo por la protección de sus Derechos Fundamentales a la Vida, Dignidad, Tranquilidad, Educación y Debido Proceso Administrativo, inconforme por la decisión que uno de los defensores tomó y dejó consignada en el acta que levantó luego de la audiencia de conciliación realizada el 05 de abril de 2022, la cual declaró fracasada, aduciendo que los accionados, Funcionarios del ICBF Centro Zonal San Gil, no habían cumplido a cabalidad con el deber que su cargo les impone respecto de la garantía de los derechos de su menor hijo.

Por un lado, narró los hechos concernientes a los motivos por los cuales su menor hijo IFSB tomó la decisión de venirse a vivir con él, señalando a la madre de ejercer conductas discriminatorias y malos tratos en disfavor del adolescente por haberle confesado su inclinación sexual, señalando que por ello su hijo ha tenido comportamientos suicidas, aunado al hecho de que la progenitora no les está aportando la cuota que ahora le corresponde para su sostenimiento, aduciendo que ello ha imposibilitado que su hijo pueda comenzar sus estudios de educación superior, no obstante los excelentes resultados académicos que demostró en su etapa colegial.

Del otro, se refirió a las actuaciones administrativas y judiciales adelantadas con ocasión de los anteriores hechos, en especial al desarrollo de la audiencia de conciliación de fijación de custodia, cuidado, visitas y cuota alimentaria de su menor hijo, que solicitó ante la comisaría de familia de esta localidad, la cual fue trasladada por competencia a la Defensoría de familia de esta misma ciudad, en la que le fue otorgada la custodia provisional del mismo, al padre, ya que así lo deseaba el adolescente, pero en vista de que los dos



progenitores no llegaron a un acuerdo, el Defensor fijó a la madre como cuota alimentaria provisional la suma de \$700.000, y en vista de que la diligencia fue declarada fracasada, los dejó en libertad de acudir a la justicia ordinaria a efectos de adelantar el proceso correspondiente para la decisión definitiva de tales aspectos, situación con la que el accionante no estuvo de acuerdo, pues su requerimiento apuntaba a que se ordenara inmediatamente a la Fiduprevisora, el levantamiento del embargo que pesa sobre su mesada pensional por cuota alimentaria a favor de la madre del menor, y la devolución de las cuotas correspondientes a los meses de diciembre a la fecha, habida cuenta del otorgamiento de la custodia provisional en cabeza suya.

En contraposición, los Defensores de Familia de San Gil, JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y CRISTÓBAL IGUA BAYONA y la COORDINADORA DEL CENTRO ZONAL ICBF SAN GIL, Dra. MYRIAM VELANDIA FLÓREZ, confluyeron en afirmar que su actuar se basó en los fundamentos legales que el cargo les impone, habiendo atendido en debida forma la solicitud del accionante, propiciando el escenario adecuado en aras de llevar a cabo la audiencia de conciliación entre los dos padres, en la cual, analizados los informes del equipo psicosocial no se observó impedimento alguno para desplazar la custodia y cuidado provisional del menor hacia su señor padre, salvo que no les está permitido acceder a la exigencia de oficiar a la Fiduprevisora para que levantara el embargo a su mesada pensional, pues ésta es una actuación que compete a un Juez de Familia y no a ellos, máxime cuando la decisión inicial fue tomada por uno de estos funcionarios judiciales dentro del proceso ordinario adelantado por los mismos progenitores, declarando fracasada la conciliación, y habiéndoles comunicado que se había agotado el requisito de procedibilidad y por tanto podían acudir a la Justicia ordinaria para decantar el asunto.

Por su parte la vinculada madre del menor NEILA EDITH, fundamentó su defensa en las buenas acciones que siempre ha ejecutado en pro del bienestar de su hijo, y el acompañamiento que le ha brindado durante todas las etapas de su vida, hasta el momento en que decidió venirse a vivir con su padre, acusando al progenitor de que otrora no aceptaba la realidad de su hijo, pero que ahora, sólo por conveniencia lo hace, permitiendo que el menor haga su capricho, y coaccionándolo para que obre con odio en contra de ella, en aras de utilizarlo para lograr su cometido de que le sea levantado el embargo de su mesada pensional, pero que una vez ocurra eso, está segura que va a echar a su hijo a la calle.

Es así que, para dilucidar el quid de este caso, es propio de acuerdo al problema jurídico planteado, determinar en esta providencia los siguientes aspectos: i) sobre la subsidiariedad de la tutela, para plantear asuntos sobre el régimen de visitas, alimentos, custodia y cuidado de los adolescentes; ii) Revisar si ante la pretensión del accionante en cuanto a que se disponga el levantamiento de una medida cautelar de embargo de su mesada pensional, dispuesta por un juez y sin que medie orden del mismo, puede emitirse dicha disposición por vía de tutela; y iii) revisar el escenario de garantía de los derechos del adolescente IFSB, en relación con el caso planteado. Veamos:

i) SUBSIDIARIEDAD DE LA TUTELA PARA PLANTEAR ASUNTOS SOBRE EL RÉGIMEN DE VISITAS, ALIMENTOS, CUSTODIA Y CUIDADO DE LOS ADOLESCENTES.

A la luz del precedente jurisprudencial traído a colación, y del material probatorio allegado al contradictorio, vale decir que para el caso sub examine, existen mecanismos ordinarios que son idóneos y eficaces para proteger los derechos del menor de edad en nombre de quien se interpone la acción de tutela y, en ese sentido, debe concluirse que no resulta necesaria la intervención del juez constitucional, por las razones que a continuación se exponen:

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1098 de 2006, el accionante puede solicitar, en cualquier momento, la realización de una nueva audiencia de conciliación por considerar que han variado en todo o en parte las condiciones de su menor hijo, tal y como ocurrió de acuerdo con las pruebas arrimadas al contradictorio, mediante las cuales



informó que el adolescente actualmente se encuentra en la ciudad de San Gil, ya que decidió voluntariamente trasladarse a vivir con él, según su dicho, huyendo en el sentir del accionante, de la discriminación de que estaba siendo objeto por parte de su madre y hermanos en Bogotá. Debido a ello, acudió a la Defensoría de Familia de esta localidad, solicitando la correspondiente audiencia de conciliación, institución que decidió convocarla para el 05 de abril de 2022, en la que se ventilaron los aspectos correspondientes a los temas en comento, diligencia que, aunque atropellada por las divergencias de las partes, y el descontento del solicitante, culminó con un acta que declaró fracasada la diligencia al no arribar a un acuerdo entre los intervinientes, pero en la que se resolvió otorgarle provisionalmente la custodia del menor a su progenitor, y decretó de oficio un aporte de \$700.000, como cuota alimentaria de parte de la madre, informándoles que con ello quedaba agotado el requisito de procedibilidad, dejándolos en la libertad de acudir a la Justicia ordinaria para iniciar un proceso judicial verbal sumario, de única instancia y cuya decisión no hace tránsito a cosa juzgada material, para definir la resolución de las pretensiones planteadas ante los jueces de familia, autoridades que deberán garantizar el interés superior del menor, así como el debido proceso para todos los involucrados y, en ese orden de ideas, un amplio debate probatorio que permita arribar a la mejor decisión para que se garanticen los derechos del adolescente, de conformidad con la Constitución y el Código de la Infancia y de la Adolescencia³³.

Por lo anterior, es preciso destacar que la procedencia de la acción de tutela debe cumplir el requisito de subsidiariedad, por el cual no puede desplazarse la intervención del Juez Natural en las controversias que se susciten dentro de los casos sometidos a su conocimiento, como ocurre con el presente, conforme lo decantado por el máximo órgano Constitucional, máxime cuando se vislumbra que en el caso sub examine no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable que amerite una orden provisional por parte del juez constitucional de tutela, como quiera que de las pruebas recaudadas, es posible establecer que el menor está siendo cobijado por la ayuda y apoyo de su progenitor, como el mismo lo afirma y que, por ende, no se acreditan las condiciones de gravedad, urgencia, impostergabilidad e inminencia requeridas por la jurisprudencia para que se dé ese fenómeno.

En tal sentido es fácilmente deducible que el acudir a este mecanismo sumario de la tutela, no es el apropiado para el caso sub judice, máxime cuando de la situación fáctica planteada, a todas luces deja entrever que lo que se suscita es una controversia que debe ser resuelta ante la Jurisdicción ordinaria, para cuyo trámite existen otros medios idóneos ante el Juez de familia, los cuales detentan la eficacia, economía y celeridad pertinente para reclamar los derechos en controversia, y que como lo ha contemplado la honorable Corte Constitucional deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental, pues considera el Despacho que el escenario de la jurisdicción competente ofrece una protección cierta, efectiva y concreta del derecho, en idénticas condiciones que las que podría brindarse por este mecanismo de amparo, y en tal sentido no puede desplazarse la competencia del Juez natural, de conformidad con el requisito de subsidiariedad que comporta la acción de tutela, aunado a que el proponente de este mecanismo sumario ha promovido ya las actuaciones administrativas legales ante la Defensoría de familia del ICBF de San Gil, como es agotar el requisito de procedibilidad con que cuenta para desatar el meollo del asunto.

Sobre el anterior aspecto, la Honorable Corte Constitucional dispuso en sentencia C-718 de 2012, que: "(...) En este orden de ideas debe afirmarse, en primer lugar, que si bien la norma acusada establece que los jueces de familia conocerán en única instancia de los procesos de custodia, cuidado personal y régimen de visitas, así como los que establecen los permisos de salida del país, y por tanto la providencia que decida de fondo no podrá ser apelada, también lo es que las disposiciones demandadas cumplen con el presupuesto constitucional según el cual deben existir otros recursos, acciones u oportunidades procesales que garanticen adecuadamente el derecho de defensa y el derecho de acceso a la administración de justicia de quienes se ven afectados por lo actuado o por lo decidido en procesos de única instancia.

³³ Ley 1098 de 2006.



De tal manera, de acuerdo con lo establecido en los artículos 435 al 440 del Código de Procedimiento Civil, es claro que las partes en los procesos verbales sumarios como los señalados en el numeral 5 del artículo 435, cuentan con diversas oportunidades procesales que pueden ejercer dentro del curso del proceso mismo, entre otras **i)** la contestación de la demanda, documento con el cual el demandado puede aportar los documentos y pedir el decreto de pruebas que pretenda hacer valer dentro del proceso (art. 436 CPC), **ii)** proposición de excepciones de mérito (art. 437 CPC), **iii)** solicitud de medidas de saneamiento que tendrán trámite incidental (art. 438 CPC), **iv)** audiencia de conciliación (art. 439 CPC), y **v)** alegatos de conclusión (art. 439, parágrafo 5° CPC).

Además, antes de iniciarse estos procesos debe intentarse la conciliación como requisito de procedibilidad, tal como lo establece el artículo 40 de la Ley 640 de 2001³⁴. Es esta otra oportunidad previa para la toma de la mejor decisión a favor de los niños, niñas o adolescentes involucrados.

Es preciso recordar igualmente que no es dable recortar la probidad de los jueces de familia y de las demás autoridades que resuelven casos que inciden en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por el contrario, estas autoridades tienen el deber constitucional de imprimir en la ejecución de sus funciones una diligencia reforzada. Así lo ha señalado la Corte³⁵:

“La jurisprudencia constitucional ha dicho que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los niños implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés; lo cual implica también que dichas autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los niños que requieren su protección – deberes que obligan a los jueces y funcionarios administrativos en cuestión a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos”. (...)”.

En ese orden de ideas, es claro que por esta vía constitucional no puede imprimirse prosperidad a las pretensiones de la demanda amparatoria, habida cuenta de los mecanismos de defensa administrativos y judiciales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, como vía preferente, para decidir respecto de la custodia, alimentos y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, en especial de IFSB, y que como ya se dijo anteriormente, efectivamente así lo ha hecho el accionante al acudir a la Defensoría de familia en solicitud de la audiencia de conciliación, pues aspectos diferentes a tal circunstancia y su controversia, deberán ser objeto de otra clase de reclamación por su parte, ante la respectiva jurisdicción de familia como mecanismo principal de defensa de sus derechos de contenido superior y legal, tal y como incluso el mismo accionante lo señala en la petición de fecha Mayo 11 de 2022; puesto que la acción de tutela y la intervención del Juez Constitucional, no debe desplazar la competencia del Juez Natural, como deviene del examen de lo deprecado en el caso concreto, evento en el cual el precedente jurisprudencial constitucional es exigente a la hora dilucidar tales asuntos por la vía de la acción de amparo, más aun cuando no se acredita la existencia de un perjuicio irremediable respecto de IFSB, pues en el decurso del presente contradictorio no se avista prueba siquiera sumaria que así lo demuestre. Corolario de lo anterior, el amparo constitucional no está llamado a prosperar y se deberá declarar su improcedencia.

³⁴ ARTICULO 40. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN ASUNTOS DE FAMILIA. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 35 de esta ley, la conciliación extrajudicial en derecho en materia de familia deberá intentarse previamente a la iniciación del proceso judicial en los siguientes asuntos:

1. Controversias sobre la custodia y el régimen de visitas sobre menores e incapaces.

³⁵ Sentencia T-397 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa



ii) ¿POR VÍA DE TUTELA PUEDE DECRETARSE EL LEVANTAMIENTO DE UNA MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO DE LA MESADA PENSIONAL DEL ACCIONANTE, DISPUESTA POR UN JUEZ Y SIN QUE MEDIE ORDEN DEL MISMO?

Hilando con lo que precede, siendo evidente que el descontento del accionante se suscitó en el hecho de que el Defensor de familia que adelantó la diligencia de conciliación, no emitió un oficio específico, dirigido a la Fiduprevisora para que levantara el embargo que actualmente pesa sobre su mesada pensional por cuota alimentaria, no obstante que fue debidamente ilustrado respecto de la imposibilidad que a dicho funcionario, o algún otro del ICBF, le asiste, debido a que tal actuación sobrepasa la órbita de su competencia; el libelista pretende que en sede de tutela se acceda a su pedimento, y en consecuencia, así se disponga. Petición que de plano debe despacharse desfavorablemente, a tono con lo esbozado precedentemente, reiterando que la discusión del levantamiento de la medida cautelar debe obedecer al encause del proceso natural adelantado ante el juez especializado de familia que dispuso el legislador para ello, que, como lo expresa la misma Corte Constitucional, es el mecanismo idóneo para resolver esa contención, teniendo asidero en un protocolo interno establecido legalmente de conformidad con sus atribuciones constitucionales y legales, respetando en todo momento el núcleo esencial de la ritualidad procesal, lo que permite concluir sin hesitación que no existe vulneración del Derecho Fundamental al Debido Proceso Administrativo, ratificándose que el amparo deprecado no está llamado a prosperar, y por tanto, deberá declararse improcedente la presente acción constitucional.

iii) ACERCA DE LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL ADOLESCENTE IFSB, EN RELACIÓN CON EL CASO PLANTEADO

En torno a este tema, es preciso señalar que el menor no se encuentra en situación de desprotección, de acuerdo a los conceptos que emanan del mismo ICBF, ya que actualmente se encuentra bajo el cuidado de su progenitor como él mismo lo advierte en el libelo inicial, y por tanto no puede alegar que se halle en tal circunstancia, salvo que la discusión de los alimentos fueron previstos por el defensor de familia, con unos efectos provisionales, como lo afirma el mismo funcionario, posibilitando que el accionante acuda a la vía ordinaria y discuta los escenarios de alimentos y demás aspectos en procura del interés superior de IFSB y su protección integral, evidenciando igualmente que el ICBF hizo el abordaje correspondiente al menor y el entorno actual en donde se desenvuelve, ha efectuado el tratamiento correspondiente, habiéndolo situado con el padre, advirtiéndole que con él no tiene ningún tipo de vulneración de sus derechos fundamentales, razón por la que no halló inconveniente alguno para otorgarle su custodia provisional, considerando que le ofrece las condiciones propicias y adecuadas para su desarrollo integral, siendo claro para este Estrado que se dan los presupuestos para su congrua existencia, acorde con el precedente jurisprudencial citado en el presente proveído, siendo conveniente reiterar que si lo pretendido por el padre es una situación distinta, tiene el escenario para revisar el tema de cuidado, visitas, alimentos y demás elementos ante el juez natural, que es el juez de familia.

Así las cosas, es determinante concluir que no se encuentran amenazados los derechos del adolescente, por lo evidenciando anteriormente, pero, no obstante, dado que el ICBF, a través de la Defensoría de Familia activó el protocolo en cuanto al restablecimiento de los derechos del menor, se instará a dicho organismo para que dentro del marco de sus competencias, continúe en el abordaje desde la perspectiva biopsicosocial que requiera el adolescente, con miras a seguir reforzando la garantía de sus derechos fundamentales, y así se dispondrá en la parte resolutive del presente proveído.

Finalmente, al no advertirse amenaza o vulneración de derechos fundamentales por parte de la FIDUPREVISORA S.A., el JUZGADO 4 DE FAMILIA DE BOGOTÁ, la DIRECCIÓN GENERAL DEL ICBF, el ICBF REGIONAL SANTANDER, el ICBF CENTRO



ZONAL SUBA, la señora NEILA EDITH BELLO MANTILLA, y el JUZGADO 27 DE FAMILIA DE BOGOTÁ, se procederá a su desvinculación del presente trámite tutelar.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SEGUNDO PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE SAN GIL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR LA IMPROCEDENCIA por SUBSIDIARIEDAD de la acción de tutela instaurada por el señor JORGE EDUARDO SOTOMONTE GAMARRA, identificado con la Cédula de Ciudadanía número 91'151.048 expedida en Floridablanca, en representación propia y de su menor hijo IFSB, identificado con Tarjeta de Identidad número 1.019.604.501 expedida en Bogotá, en contra de los Defensores de Familia de San Gil, JOSÉ FERNANDO ÁNGEL PORRAS y CRISTÓBAL IGUA BAYONA y la COORDINADORA DEL CENTRO ZONAL ICBF SAN GIL, Dra. MYRIAM VELANDIA FLÓREZ, respecto de las pretensiones contenidas en la demanda, ante la inexistencia de un perjuicio irremediable, en los términos y por las razones previstas en la parte motiva del presente proveído.

PARÁGRAFO. INSTAR al ICBF CENTRO ZONAL SAN GIL, para que, dentro del marco de sus competencias, continúe en el abordaje desde la perspectiva biopsicosocial que requiera el adolescente IFSB, con miras a seguir reforzando la garantía de sus derechos fundamentales.

SEGUNDO. DESVINCULAR del presente trámite a la FIDUPREVISORA S.A., el JUZGADO 4 DE FAMILIA DE BOGOTÁ, la DIRECCIÓN GENERAL DEL ICBF, el ICBF REGIONAL SANTANDER, el ICBF CENTRO ZONAL SUBA, la señora NEILA EDITH BELLO MANTILLA, y el JUZGADO 27 DE FAMILIA DE BOGOTÁ.

TERCERO. NOTIFÍQUESE esta providencia a todos los interesados en la forma prevista en los artículos 30 del Decreto 2591 y 5 del Decreto 306 de 1992.

CUARTO. Contra este fallo procede la IMPUGNACIÓN presentada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

QUINTO. A costa de la parte interesada expídanse fotocopias auténticas de la presente sentencia, de así requerirlo.

SEXTO. Si no fuere impugnada y en los términos dispuestos por el Consejo Superior de la Judicatura, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, como lo ordena el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

SÉPTIMO. EXCLUIDA DE REVISIÓN, previas las anotaciones de rigor, ARCHÍVENSE las diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS DANIEL BUSTAMANTE JAIMES
JUEZ

CDBJ/Cjr.