

ACCION DE TUTELA - Competencia / MENOR DE EDAD - Sujeto de especial protección constitucional / DECRETO 1382 DE 2000 - Establece las reglas para el reparto de la acción de tutela pero no define la competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto estipula que presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente, esta Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, el día 11 de noviembre de 2015. En gracia de discusión, pese a que para esta Sala de decisión es suficiente la anterior premisa normativa para conocer en Segunda Instancia, debe señalarse que en el presente asunto se trata la protección de los bienes ius fundamentales de un menor de edad que es sujeto de protección reforzada por parte del Estado en el que ya se surtió el trámite de Primera Instancia, razón por la cual resultaría atentatorio del interés superior cualquier elucubración para eximirse de su conocimiento, frente lo cual resulta pertinente reiterar lo dicho por esta Corporación en providencia de 7 de julio de 2015 en la que se resolvió un conflicto de competencias en materia de tutela con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 37

NOTA DE RELATORIA: en sentido similar se pronunció la Subsección A de la Sección Segunda de esta Corporación en providencia del 7 de julio de 2015, exp. 2015-01431-00, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E).

ACCION DE TUTELA CONTRA PARTICULARES - Procedencia por existencia de situación de subordinación e indefensión de menor de edad respecto de su madre / CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE MENOR DE EDAD - Procedencia de la acción de tutela

Esta Sala de decisión debe precisar que la acción de tutela procede contra los particulares respecto de los que el actor se encuentra en una situación de indefensión o subordinación. Al respecto, el artículo 86 de la Constitución Política en el parágrafo 5 establece: (...) La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (...) si bien no puede predicarse una situación de subordinación entre el actor y la señora PC directamente, en el sub lite no puede desconocerse que el primero de los mencionados interpuso la presente acción de tutela en representación de la menor, quien lo pone en una condición de sumisión, además de la propia respecto a su madre, sumado a que la citada norma establece una presunción de indefensión en cuanto al menor que interpone la acción de amparo, en tanto la imposibilidad de ver a su padre configura una situación de desventaja que posiblemente implique la afectación de sus derechos fundamentales. Así las cosas, en el presente asunto el Juez de tutela se encuentra habilitado para determinar la presunta vulneración de los bienes ius fundamentales de la parte actora ante el incumplimiento de acuerdos que establecían la custodia, cuidado y visitas de la menor y la falta de eficacia de las actuaciones adelantadas por el ICBF y la Fiscalía General de la Nación ante tales circunstancias.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86 PARAGRAFO 5 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 42

EXISTENCIA DE OTRO MECANISMO DE DEFENSA JUDICIAL - Procedencia excepcional de la acción de tutela ante configuración de perjuicio irremediable

Es importante precisar que tanto a los Defensores de Familia como a los Jueces de Familia les corresponde, en sede administrativa o judicial, según sea el caso, el conocimiento de asuntos correspondientes a la custodia, cuidado personal y regulación de visitas, con el fin de emitir las disposiciones necesarias para la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales de los menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, numeral 3 del Código General del Proceso y el artículo 390, numeral 3, del Código de la Infancia y la Adolescencia. Así, en atención a que son las referidas Autoridades quienes tienen la competencia para decidir acerca de la custodia, cuidado personal y visitas de un niño cuyos progenitores no se ponen de acuerdo sobre el tema, además de exigir el cumplimiento de tales decisiones administrativas o judiciales, en principio este mecanismo resultaría improcedente para la consecución de tal propósito. Sin embargo, no se puede desconocer que por vía Jurisprudencial la Corte Constitucional ha sostenido que en asuntos en los que el menor se encuentra en una situación de riesgo como la separación de uno de sus padres, puede causar un perjuicio irremediable en su libre desarrollo de la personalidad y los lazos afectivos, por lo tanto el recurso de amparo constitucional se convierte en el instrumento idóneo para superar la afectación de los bienes ius fundamentales de los niños como sujetos de especial protección por parte del Estado... si bien es cierto que la conciliación suscrita entre las partes en audiencia pública de 3 de febrero de 2012 constituye un título ejecutivo complejo junto con la sentencia por medio de la cual fue aprobada por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, el cual puede ser exigible, de acuerdo a las del artículo 422 y subsiguientes del Código General del Proceso referentes al proceso ejecutivo, debe recordarse que la Corte Constitucional ha predicado la procedencia de la acción de tutela para exigir el acatamiento de obligaciones de hacer cuando los mecanismos ordinarios no resultan idóneos para garantizar los derechos fundamentales vulnerados con el incumplimiento de una decisión judicial, tal como resulta de las conductas desplegadas por la señora PCGA, máxime en tratándose de los bienes ius fundamentales de la menor.

FUENTE FORMAL: CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 21 NUMERAL 3 / CODIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA - ARTICULO 390 NUMERAL 3

NOTA DE RELATORIA: al respecto, consultar sentencias T-979 de 1999, T-914 de 2007 y T-134 de 2012 de la Corte Constitucional.

FAMILIA - Núcleo fundamental de la sociedad / VULNERACION DEL DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADA DE ELLA - Incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre de la menor de edad

Se infiere que la custodia y cuidado personal es una obligación de los padres para con su hijo y es un derecho de los menores, el cual, actualmente, es vulnerado por la señora PCGA a través de las conductas mencionadas que le impiden al señor William Javier Murcia Acosta ejercer el deber de criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar a su hija, quien a la edad que tiene es incapaz de regular, independientemente su conducta. Situación que impacta de forma directa en el derecho fundamental de la menor a tener una familia y no ser separada de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Fundamental... Consecuencia de las consideraciones efectuadas, esta Sala de decisión concluye que el caso bajo estudio amerita una orden de amparo como bien lo hiciera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, en la

medida en que debe evitarse a toda costa el perjuicio irremediable que se le podría causar a la menor de edad con la situación a la que se ha visto supeditada, máxime cuando al expediente fueron allegadas valoraciones realizadas a la menor por psicólogos que dan cuenta de la afectación emocional y moral que padece la niña y que podría tener secuelas irreversibles. Sin embargo, en concordancia con lo afirmado con el A quo, es necesario precisar que lo dispuesto por el Juez Constitucional no puede desconocer, desbordar o sustituir el acuerdo conciliatorio que suscribieron las partes en audiencia pública celebrada el 3 de febrero de 2012 ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, pues como ya se mencionó las Autoridades administrativas y judiciales de Familia tienen la competencia y un amplio margen probatorio para resolver las pretensiones del actor de tutela y garantizar los derechos de la menor. Así pues, independientemente de que en el proceso verbal sumario adelantado ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá se definiera la custodia o los cuidados personales y visitas, lo cierto es que las partes llegaron a un acuerdo respecto al tiempo que cada uno pasaría con la menor y para su cumplimiento fue que se interpuso esta acción de tutela, lo cual demarca el ámbito de competencia del Juez constitucional. En consecuencia, no es posible acceder a la pretensión de la parte accionante de conceder de manera transitoria la custodia total y el cuidado personal de su hija, sin embargo, en la medida en que el reclamo constitucional del actor está dirigido a cuestionar el incumplimiento de la mencionada diligencia aprobada por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá y no su contenido, es necesario proferir las órdenes tendientes a garantizar el acatamiento del mismo.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 93 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 5 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 44 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 67 / CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO / EL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Y EL PROTOCOLO DE SAN SALVADOR / LA DECLARACION UNIVERSAL PARA LA ERRADICACION DEL HAMBRE / LAS REGLAS DE BEIJING / LAS REGLAS PARA LA PROTECCION DE LOS MENORES PRIVADOS DE LA LIBERTAD O LAS DIRECTRICES DE RIADH

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

SUBSECCION B

Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 25000-23-37-000-2015-01901-01(AC)

Actor: WILLIAM JAVIER MURCIA ACEVEDO

Demandado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

La Sala decide la impugnación¹ presentada por el señor **WJMA**, en nombre propio y en representación de su hija menor, contra la Sentencia de 11 de noviembre de 2015, emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Cuarta – Subsección B, que amparó el derecho fundamental a tener una familia de la referida menor dentro de la acción de tutela que interpuso contra la señora PCGA, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la Fiscalía General de la Nación por la presunta vulneración de los bienes *ius fundamentales* al libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia, a la educación y a la integridad física y psicológica.

EL ESCRITO DE TUTELA

Como pretensiones, solicitó:

1. Concederle transitoriamente la custodia y el cuidado personal de su hija, de conformidad con lo dispuesto en la conciliación realizada el 3 de febrero de 2012 y aprobada por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá para que se suspenda el abuso del derecho en que, a su juicio, ha incurrido la madre de la menor.
2. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF que, en ejercicio de las facultades que le otorga la Ley y la Constitución y los mecanismos dispuestos en el Código de la Infancia y la Adolescencia, realice las actuaciones administrativas necesarias para el restablecimiento de los derechos de la menor, y que inicie las acciones judiciales necesarias para que se defina la custodia y el cuidado personal de la misma, además de evitar su salida del país.
3. Ordenar a la Fiscalía General de la Nación el desarchivo de la investigación penal por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, adelantada por la denuncia que él interpuso contra la señora PCGA.
4. Ordenar a la Procuraduría General de la Nación que vigile las actuaciones a llevar a cabo por el ICBF y la Fiscalía General de la Nación para garantizar el restablecimiento de los derechos conculcados a su hija.

¹ El proceso de la referencia subió al Despacho con informe de Secretaría General de la Corporación de 14 de diciembre de 2015.

Para una mejor comprensión del asunto, la Sala se permite resumir de la siguiente forma los supuestos fácticos y jurídicos planteados por la parte demandante²:

El señor WJMA relató que sostuvo un noviazgo con la señora Carolina Galindo Acosta por más de tres años y durante esa relación concibieron a su hija MMG, quien nació el 2 de mayo de 2006. Aclaró que nunca convivieron y que dio fin al mencionado vínculo sentimental en noviembre de 2009 por lo que la madre de la menor se la entregó para que él asumiera su custodia, cuidado y protección.

Indicó que se ocupó de sus obligaciones sin ayuda alguna en el domicilio que también era de sus padres, de manera que matriculó a la menor en una Institución Educativa para los hijos de los funcionarios de la Entidad Pública en la que labora y la madre de la menor acudía a visitarla sin restricción alguna.

Mencionó que durante ese periodo, la señora PCGA generaba conflictos y enfrentamientos a los cuales intentó buscarles solución de manera concertada, sin embargo, al no tener éxito acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF centro zonal de Suba para solicitar la regulación de visitas.

Señaló que una vez entregó la respectiva citación a la madre de la menor, aquella la sustrajo de su custodia cuando se encontraba en el colegio, frente a lo cual optó por no actuar de la misma forma al estar cerca la diligencia a realizarse por parte del ICBF, sin embargo, la defensora de familia consintió esa situación y dejó a la menor a cargo de su progenitora con regulación de visitas, sin tener en cuenta que fue él quien solicitó tal procedimiento.

Contó que como consecuencia de la situación expuesta su hija comenzó a presentar cambios comportamentales en la Institución educativa, los cuales fueron reportados por los docentes y el psicólogo, de tal forma que este último les recomendó restablecer la relación de pareja mediante terapias, pero la madre de la menor se retiró de las mismas y cambió su domicilio, además de incumplir con la conciliación celebrada en el ICBF centro zonal Suba, en tanto no le permitía ver a su hija cuando iba a visitarla, y demandarlo para fijación de cuota alimentaria, pretensión que no prosperó en tanto se demostró que aquel continuaba sufragando los gastos de la menor.

² Fls. 1 a 32.

Expresó que como la señora PCGA seguía con el incumplimiento de los compromisos adquiridos previamente y obstaculizaba el contacto entre padre e hija, fue nuevamente al ICBF centro zonal Suba para solicitar la regulación de visitas ante lo cual asistió la madre de la menor pero hizo caso omiso a la recomendaciones de la defensora de familia.

Expuso que mediante apoderado judicial interpuso demanda ante la Jurisdicción de Familia, con el fin de solicitar el cuidado y custodia de su hija menor, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá, Despacho que lo remitió al Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá y, en el trámite del proceso, la menor fue valorada por psicólogos que pudieron establecer su afectación emocional, comportamental y afectiva, como consecuencia del conflicto entre sus padres.

Comentó que en Audiencia programada por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá para el 3 de febrero de 2012, se aprobó el acuerdo de conciliación al que llegaron las partes respecto a la custodia, cuidado personal y visitas de la menor, sin embargo, la señora PCGA de manera reiterada desató lo dispuesto por el Juez y para evitar las visitas se abstenía de llevar a su hija al colegio los días viernes, cuando correspondía recogerla. Situación que se puso en conocimiento del Despacho Judicial mencionado, quien le solicitó el cumplimiento de la conciliación a través de telegramas que fueron ignorados por la contra parte.

Expresó que el Despacho Judicial de Familia lo remitió ante la Defensora de familia competente para lograr el cumplimiento del acuerdo, cuyo conocimiento correspondía al ICBF centro zonal Mártires por estar ubicado en la zona donde reside su hija. El incumplimiento de la madre de la menor se repitió en esta ocasión, inclusive la inasistencia a las pautas de crianza a las que fueron remitidos y los altercados en la Institución educativa en la que se encontraba matriculada la niña cada vez que el padre iba a recogerla, de tal forma que el colegio intentó mediar en esa situación a través de citación a reuniones en las que se establecieron compromisos que también fueron desconocidos por la mamá de la niña.

Enunció que en varias ocasiones le solicitó a la Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires la intervención y el restablecimiento de los derechos de la menor sin obtener solución alguna, razón por la cual acudió a la Fiscalía General de la Nación ante la que interpuso denuncia por ejercicio arbitrario de la custodia. No obstante, el Fiscal que conoció el asunto decidió archivarlo al considerar que el

acta de audiencia pública realizada por el Juez de Familia no tenía el valor de resolución judicial, además de interpretar que la misma se refería a la regulación de visitas y no a una custodia compartida por lo que la conducta era atípica.

Resaltó que le requirió a la Procuraduría General de la Nación su intervención en las actuaciones realizadas ante el ICBF centro zonal Mártires, ante el cual interpuso un derecho de petición con el mismo fin que los anteriores, es decir, el restablecimiento de los derechos de su hija menor, frente al cual, por cambio de la funcionaria, se realizó nueva citación de las partes y visita al colegio de su hija a la cual no pudo asistir por lo que resultó amonestado junto con la madre de aquella.

En consecuencia, solicitó la constancia de fallida de la diligencia y la mencionada Autoridad le manifestó que debía solicitar el desarchivo y traslado de la historia de la menor para acceder el referido documento, lo cual, a su juicio, constituye una mala prestación del servicio por parte del ICBF. Sumado a esto, refirió que la Procuraduría designada archivó la actuación en tanto el ICBF centro zonal Mártires le informó que se realizó conciliación que resultó fallida.

Arguyó que se acercó al Ente de Control para explicar los supuestos que configuraban el desconocimiento de los derechos de su hija menor, frente a lo cual le indicaron que iniciara nueva acción ante el ICBF centro zonal Mártires con copia de requerimiento de intervención ante ese organismo, pues archivaron la anterior diligencia al interpretar que la misma solo se pidió para garantizar el derecho de petición y la respuesta al reclamo de restablecimiento de derechos.

ACTUACIÓN PROCESAL DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante Auto de 16 de octubre de 2015³, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, a través del Despacho sustanciador del presente asunto en Primera Instancia admitió la acción de tutela ejercida por el señor WJMA contra la señora PCGA, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Fiscalía General de la Nación por lo que ordenó su notificación como demandados.

Así mismo, ordenó la vinculación del Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá como tercero interesado en las resultas de la presente acción de tutela.

³ Visible de folios 86 y 87 vto. del cuaderno principal.

La señora PCGA, madre de la menor MMG, quien funge como accionada en este proceso, fue notificada en la dirección de domicilio y correo electrónico aportados en el escrito de tutela, tal como consta en el fl. 125 del expediente de tutela, telegrama en el cual dejaron constancia que la información para comunicar las actuaciones fue confirmada en el número de celular xxxxxxxxxx correspondiente a la interesada.

INFORME RENDIDO EN EL PROCESO

Fiscalía General de la Nación⁴.

El Jefe de la Unidad de Gestión de Alertas y Clasificación Temprana de Denuncias de Bogotá rindió informe sobre los argumentos expuestos en el escrito de tutela inicial y solicitó declarar improcedente el recurso de amparo, con los siguientes argumentos⁵:

Manifestó que el señor WJMA presentó denuncia por el presunto delito de ejercicio arbitrario de la custodia de su hija menor en contra de la señora PCGA, la cual correspondió a la Fiscalía 278 Seccional adscrita a esa Unidad, Despacho que, después de analizar los hechos, emitió orden de archivo provisional de 30 de abril de 2013 por falta de tipicidad en la conducta y notificó al interesado.

Afirmó que el denunciante tiene la posibilidad de solicitar el desarchivo del expediente por no compartir los argumentos del Fiscal y, de ratificarse tal decisión, puede acudir ante los Jueces de Control de Garantías para lo de su competencia.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

La Directora del ICBF regional Bogotá rindió informe sobre los supuestos relatados en el escrito de tutela inicial, con las razones que a continuación se sintetizan⁶:

Señaló que el Defensor de Familia del centro zonal Suba remitió información sobre las actuaciones realizadas respecto a los hechos y pretensiones invocadas en el trámite constitucional y especificó que se realizaron varios procedimientos para

⁴ Relató de las actuaciones procesales surtidas en la investigación penal de la referencia que avaló el Jefe de la Unidad de Delitos contra la Libertad individual, otras garantías y otros, obrante a folios 206 y 207.

⁵ Fls. 134 a 136.

⁶ Fl. 194.

fijación de custodia y cuidado personal, visitas y alimentos en el transcurso de los años 2010 a 2013.

En consecuencia, afirmó que la Defensoría de Familia ha procurado por todos los medios que los derechos de la menor prevalezcan, de tal forma que el ICBF ha llevado a cabo las actuaciones pertinentes conforme a la Ley y la Constitución.

La Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires contestó la acción de tutela mediante escrito en el que manifestó que fue nombrada defensora de familia en enero de 2015 y al tomar su puesto encontró que el accionante interpuso dos peticiones el 23 y 29 de diciembre de 2014 con las que solicitaba el rescate de la niña MMG, en tanto la madre de la menor incumplió con el régimen de visitas⁷.

Señaló que a través de comunicación No. S 2015 020427 1116 de 27 de enero de 2015 se le informó que revisado el asunto se encontró que fue iniciado en Suba por lo que debía realizar el traslado de la historia de atención, con el fin de verificar los antecedentes del caso por la extensa duración referida por el interesado.

Indicó que el accionante no procedió conforme lo solicitado pero la Procuraduría General de la Nación hizo presencia en esa Entidad y arguyó que el mencionado traslado de la historia no era una carga a asumir por el interesado, por tanto, procedió a solicitar el referido documento al centro zonal Suba, mediante oficio.

Afirmó que la madre de la menor también se acercó a la Defensoría de Familia por inconformidades con el proceder del tutelante pero no fueron consignadas por escrito. Por su parte, hizo entrega de los documentos requeridos por el señor WJMA pero el mismo no indagó por el procedimiento adelantado, debido a las circunstancias relatadas concluyó que entre las partes se mantiene un conflicto que impide el bienestar de la menor y destaca que no cumplen los acuerdos suscritos, frente a lo cual menciona que el padre insiste en las comunicaciones dirigidas al ICBF pero no propone soluciones al conflicto.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, mediante la Sentencia de 11 de noviembre de 2015 amparó el derecho

⁷ Fl. 199 vto.

fundamental a la familia y a no ser separado de ella de la menor MMG. En consecuencia, dispuso:

“(...) SEGUNDO: ORDENAR a la señora PCGA, que facilite toda la información al demandante, relacionada con su lugar de domicilio, incluyendo teléfonos y otros datos de localización. Que esta información, le sea enviada al actor mediante el correo electrónico que sea del regular uso de éste.

TERCERO: ORDENAR a la señora Paola Galindo Acosta, cumpla a cabalidad con el régimen de visitas establecido en el Acta de conciliación de fecha 03 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión.

CUARTO: PREVENIR a PCGA, para que, en caso de presentar alguna inconformidad del régimen de visitas actual o la distribución de cargas y responsabilidades frente a MMG, evite acudir a una vía de hecho para solucionarlo y en su lugar, haga uso de los mecanismos administrativos y judiciales previstos por el legislador para tramitar sus intereses y los de su hija (...).”

Lo anterior, con base en los siguientes motivos⁸:

Señaló que de las pruebas aportadas se observaba que el comportamiento de la accionada y madre de la menor ha afectado el régimen de visitas y los canales de comunicación y contacto entre el tutelante y su hija, tan es así que hace 11 meses no comparten juntos. Al respecto, puntualizó que el conflicto presentado entre el accionante y la accionada siempre ha requerido mediación institucional, lo cual afecta a la menor, razón por la que aquellos deberían optar por la autocomposición para resolver la situación familiar en su beneficio.

Finalmente, precisó que la decisión a proferir por el Juez de tutela de ninguna manera sustituye el régimen de visitas previsto en la decisión de 3 de febrero de 2012⁹, proferida por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, sino que por el contrario buscaba asegurar su cumplimiento, aun cuando existen vías administrativas y judiciales que permiten definir las peticiones del actor y garantizar el bienestar de la menor, pues, precisamente, la situación expuesta involucra derechos de protección inmediata como los de la hija de las partes.

LA IMPUGNACIÓN

⁸ Fls. 218 a 241.

⁹ Acuerdo de conciliación suscrito por las partes en audiencia pública celebrada en la fecha señalada.

El señor WJMA, impugnó la Sentencia de 11 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B con la reiteración de los supuestos fácticos y jurídicos expuestos en el libelo introductorio, además de los que a continuación se sintetizan¹⁰:

Manifestó que se encuentra conforme con el amparo concedido por el Juez de Primera Instancia en cuanto a las órdenes impartidas a la señora PCGA pero cuestiona la falta de disposiciones frente a la falta de eficacia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Fiscalía General de la Nación para garantizar los derechos de su hija y los suyos.

Al respecto, indicó que se omitió vincular al Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá para efecto de precisar que la conciliación avalada por el juez de familia correspondía a la custodia compartida de la menor y no a una regulación de visitas, lo cual, a su parecer, conllevaría a ordenar a la Fiscalía General de la Nación que desarchive la investigación penal que adelantó contra la señora PCGA por ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad y estudie la existencia de la referida conducta delictiva.

De otro lado, afirmó que la decisión de primera instancia adolece de un término perentorio para su cumplimiento, pues de lo contrario las circunstancias narradas persistirían por falta de efectividad en las actuaciones del ICBF referidas, frente al cual solicitó que se le ordene desempeñar las actuaciones administrativas tendientes al restablecimiento de los derechos de la menor y se le conceda su custodia y cuidado para lo que esa Entidad está facultada legal y constitucionalmente.

CONSIDERACIONES

Con el fin de resolver la presente acción de tutela, en esta Providencia se tratarán los siguientes aspectos: competencia, problema jurídico, de la procedencia de la acción de tutela, marco normativo aplicable y del caso concreto.

Competencia:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en cuanto estipula que *“Presentada*

¹⁰ Fls. 246 a 254 vto.

debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente”, esta Sala es competente para conocer la impugnación interpuesta contra el fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, el día 11 de noviembre de 2015.

En gracia de discusión, pese a que para esta Sala de decisión es suficiente la anterior premisa normativa para conocer en Segunda Instancia, debe señalarse que en el presente asunto se trata la protección de los bienes *ius fundamentales* de un menor de edad que es sujeto de protección reforzada por parte del Estado en el que ya se surtió el trámite de Primera Instancia, razón por la cual resultaría atentatorio del interés superior cualquier elucubración para eximirse de su conocimiento, frente lo cual resulta pertinente reiterar lo dicho por esta Corporación en providencia de 7 de julio de 2015¹¹ en la que se resolvió un conflicto de competencias en materia de tutela con ponencia de quien ahora lo hace en el presente asunto:

“(…) La jurisprudencia de la Corte Constitucional¹² ha precisado que los artículos 86 de la Constitución y 37 del Decreto 2591 de 1991 son aquellos que aluden expresamente a los factores que precisan la competencia en materia de tutela.

El artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 estableció un criterio general de asignación de competencia, vinculado al factor territorial, en los siguientes términos: “Son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”. De esta manera, el único criterio establecido por el legislador para la determinación de la competencia en materia de tutela, fue el factor territorial, vinculado al lugar de vulneración o amenaza del derecho fundamental.

Además ha aclarado que el Decreto 1382 de 2000 establece solamente las “reglas para el reparto de la acción de tutela” y no define la competencia de los despachos judiciales en la medida en que por su inferioridad funcional respecto a las citadas disposiciones, no puede modificarlas. Ese fue precisamente el entendimiento dado por la

¹¹ Providencia de 7 de julio de 2015 proferida por la Subsección A – Sección Segunda del Consejo de Estado, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), radicado No. 2015-01431-00, actor: Daniel Cardona Barón.

¹² En auto 061A de 2005, la Corte aludió a los factores territorial y subjetivo en los siguientes términos: “[P]ara establecer con precisión el ámbito de competencia de los jueces constitucionales, el Decreto 2591 de 1991 estableció que la misma fuera a prevención, utilizando el factor territorial y otro subjetivo. Respecto del primero, el artículo 37 del citado decreto radica la competencia ‘en los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o amenaza que motivaren la presentación de la solicitud’, previsión que es reiterada por el artículo 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000 al señalar que ‘conocen a prevención los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren su efectos’. En lo que respecta al factor subjetivo el Decreto 2591 de 1991 estableció que ‘de las acciones dirigidas contra la prensa y los demás medios de comunicación serán competentes los jueces del circuito del lugar’”.

Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al desestimar la mayoría de los cargos de nulidad contra el mencionado acto administrativo, en sentencia del 18 de julio de 2002, por considerar que no era contrario al artículo 86 de la Constitución, en tanto establecía normas de reparto y no de competencia¹³.

En este contexto, la Corte Constitucional ha precisado que “la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, como acaece en este caso, en varios meses, lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2° C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibídem).”¹⁴ (...).

Problema Jurídico.

Consiste en determinar si la acción de tutela es un mecanismo procedente frente a particulares y, adicionalmente, en asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas.

De superar el anterior derrotero, se deberá establecer si la señora PCGA, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF y la Fiscalía General de la Nación vulneraron los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a tener una familia, a la educación y a la integridad física y psicológica de la menor MMG y su padre el señor WJMA, presuntamente, al incumplir los acuerdos suscritos y aprobados entre los padres de la niña respecto a su cuidado y custodia, además de la falta de eficacia y diligencia en las actuaciones realizadas por las entidades accionadas en la situación en comento.

De la procedencia de la tutela.

En atención al carácter subsidiario y residual de este mecanismo constitucional fijado normativa y jurisprudencialmente, en el presente asunto se evidencia que es necesario establecer la viabilidad del amparo en dos direcciones a saber, la procedencia del amparo constitucional i) frente a particulares y ii) en asuntos de custodia, cuidado personal y visitas de menores de edad.

¹³ Antes de esta decisión, la Corte Constitucional inaplicó en repetidas ocasiones el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000. Véanse, entre otros, los autos 085, 087, 089, 094 de 2000 y 071 de 2001. En la última decisión otorgó efectos *inter pares* a la decisión de inaplicar el artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, “para que en aquellos casos que sean semejantes todos los jueces de tutela apliquen la excepción de inconstitucionalidad en el mismo sentido”.

¹⁴ Cfr. Auto 230 de 2006, reiterado por el auto 340 de 2006, entre otros.

i) *De la procedencia de la acción de tutela contra particulares.*

Así, previo a entrar en el análisis de los cargos expuestos por la parte accionante en el escrito de tutela inicial, esta Sala de decisión debe precisar que la acción de tutela procede contra los particulares respecto de los que el actor se encuentra en una situación de indefensión o subordinación. Al respecto, el artículo 86 de la Constitución Política en el párrafo 5 establece: “(...) *La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (...)*”.

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

“(...) Artículo 42. Procedencia. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

(...)

9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela. (Subrayado declarado inexecutable) (...). (Negritas de la Sala)

Respecto a los conceptos de subordinación o indefensión, la Corte Constitucional ha sostenido de manera reiterada que¹⁵:

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

¹⁵ Sentencia T-166 de 2009 de la Corte Constitucional. Al respecto consultar también: T-009 de 1992, T-573 de 1992 y T-290 de 1993.

En vista de lo anterior, si bien no puede predicarse una situación de subordinación entre el señor WJMA y la señora Paola Carolina directamente, en el *sub lite* no puede desconocerse que el primero de los mencionados interpuso la presente acción de tutela en representación de la menor MMG, quien lo pone en una condición de sumisión, además de la propia respecto a su madre, sumado a que la citada norma establece una presunción de indefensión en cuanto al menor que interpone la acción de amparo, en tanto la imposibilidad de ver a su padre configura una situación de desventaja que posiblemente implique la afectación de sus derechos fundamentales.

Así las cosas, en el presente asunto el Juez de tutela se encuentra habilitado para determinar la presunta vulneración de los bienes *ius fundamentales* de la parte actora ante el incumplimiento de acuerdos que establecían la custodia, cuidado y visitas de la menor y la falta de eficacia de las actuaciones adelantadas por el ICBF y la Fiscalía General de la Nación ante tales circunstancias.

ii) De la procedencia de la acción de amparo constitucional en asuntos de custodia, cuidado personal y visitas de menores.

En lo referente a este tema es necesario precisar que cuando la protección de los derechos fundamentales de las personas se puede realizar a través de medios judiciales de defensa ordinarios se torna improcedente la acción de amparo constitucional, a menos que se compruebe que aquellos no constituyen mecanismos idóneos y eficaces para garantizar los bienes *ius fundamentales* o se requiere la intervención inmediata del Juez de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Por lo anterior, es importante precisar que tanto a los Defensores de Familia como a los Jueces de Familia les corresponde, en sede administrativa o judicial, según sea el caso, el conocimiento de asuntos correspondientes a la custodia, cuidado personal y regulación de visitas, con el fin de emitir las disposiciones necesarias para la protección y restablecimiento de los derechos fundamentales de los menores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, numeral 3° del Código General del Proceso¹⁶ y el artículo 390, numeral 3°, del Código de la Infancia y la Adolescencia.

¹⁶ Anteriormente, regulado por lo dispuesto en el artículo 5°, literal d, del Decreto 2272 de 1989 “Por el cual se organiza la jurisdicción de familia, se crean unos despachos judiciales y se dictan otras disposiciones”, el cual fue derogado por el literal c) del artículo 626 del Código General del Proceso.

Así, en atención a que son las referidas Autoridades quienes tienen la competencia para decidir acerca de la custodia, cuidado personal y visitas de un niño cuyos progenitores no se ponen de acuerdo sobre el tema, además de exigir el cumplimiento de tales decisiones administrativas o judiciales, en principio este mecanismo resultaría improcedente para la consecución de tal propósito.

Sin embargo, no se puede desconocer que por vía Jurisprudencial la Corte Constitucional ha sostenido que en asuntos en los que el menor se encuentra en una situación de riesgo como la separación de uno de sus padres, puede causar un perjuicio irremediable en su libre desarrollo de la personalidad y los lazos afectivos, por lo tanto el recurso de amparo constitucional se convierte en el instrumento idóneo para superar la afectación de los bienes *ius fundamentales* de los niños como sujetos de especial protección por parte del Estado. De tal forma, en Sentencia T-914 de 2007, la Corte Constitucional sostuvo:

“(...) Eso significa que el juez de familia no sólo tiene competencia para definir la custodia de un menor cuyos padres no han podido llegar a un acuerdo de voluntades, sino también para exigir el cumplimiento de las decisiones judiciales que señalaron a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño, pues en las dos situaciones, de todas maneras, se encuentra involucrado el interés superior del menor. En otras palabras, es evidente que en los casos en los que una decisión judicial hubiere dispuesto la custodia de los menores a cargo de uno de los padres y el otro lo retiene en forma contraria al acuerdo de voluntades o disconforme con lo señalado en sentencia judicial que lo regula, dicho conflicto debe ser resuelto por el juez de familia en el curso de un proceso verbal sumario. De ahí que, en principio, no procede la acción de tutela.

6. No obstante lo anterior, si en el caso concreto se evidencia que el menor se encuentra en situación de riesgo que permite deducir que el proceso verbal sumario no resulta idóneo para proteger sus derechos fundamentales o las condiciones en las que se encuentra el niño podrían conducir a la concreción de un perjuicio grave e inminente que requiere la intervención inmediata del juez de tutela, éste deberá entrar a resolver de fondo el asunto planteado. En tal virtud, pasa la Sala a analizar cuándo podría presentarse la afectación de derechos fundamentales del niño retenido por uno de sus padres que conducen a la intervención del juez de tutela (...).

Así mismo, en un asunto en el que la parte actora buscaba la modificación o suspensión del régimen de visitas de su hijo menor, así como la patria potestad, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional¹⁷, consideró:

¹⁷ Sentencia T-500 de 1993.

“(…) Existiendo otros medios a los que puede acudir, en determinado momento, un progenitor cuando el otro decide influir en su hijo buscando desvanecer su figura, la acción de tutela es improcedente, por existir un medio idóneo para lograr que sea modificado o suspendido el régimen de visitas, y si la situación es grave lograr la suspensión de la patria potestad.

Sin embargo, esta Corporación ha considerado que, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa, se debe y puede proteger el derecho de uno y otro progenitor a entablar y mantener sin obstáculos, las relaciones afectivas con sus hijos. (…)”.

En este orden de ideas, tal como se analizará más adelante en esta providencia, la Sala debe precisar que en el caso bajo estudio las pretensiones del tutelante no están dirigidas a cuestionar el pronunciamiento emitido por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá con el que aprobó el acuerdo de conciliación en el que se definió la custodia, cuidado personal y visitas de la menor, suscrito entre sus padres, quienes eran partes dentro del proceso verbal sumario que adelantaron ante la Jurisdicción de Familia.

En efecto, las súplicas mentadas están encaminadas a obtener el amparo de los derechos fundamentales de la menor, vulnerados, presuntamente, por conductas de la madre tendientes a afectar la comunicación y el contacto con su padre y la falta de eficacia en las actuaciones adelantadas sobre el asunto por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Fiscalía General de la Nación ante los cuales el tutelante ha agotado los mecanismos existentes sin obtener solución alguna, además de acudir a la Jurisdicción de Familia como ya se mencionó.

Aspectos frente a los cuales fueron aportadas pruebas al plenario que indican la existencia de un conflicto entre los padres que ha ocasionado la mediación de Entidades del Estado para llegar a acuerdos entre los mismos para el cuidado de su hija, frente a los que la señora PCGA ha sido reticente en su cumplimiento, a pesar de los requerimientos del actor y las diversas Autoridades competentes.

Finalmente, si bien es cierto que la conciliación suscrita entre las partes en audiencia pública de 3 de febrero de 2012 constituye un título ejecutivo complejo¹⁸

¹⁸ En Sentencia T-979 de 1999, la Corte Constitucional sostuvo: *“(…) Resulta usual que dentro de lo procesos adelantados para demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, ésta sea fijada en forma indeterminada pero determinable, acudiendo a fórmulas, en donde el padre responsable resulta gravado con la obligación de cubrir los gastos de educación de su hijo menor, o los gastos de salud, o similares. El cobro ejecutivo de las obligaciones así fijadas, exige la integración de un título ejecutivo complejo, compuesto por la providencia judicial respectiva, sea la sentencia o el auto que aprueba la conciliación, y los recibos de pago que demuestran que dichos gastos se han efectivamente causado y la cuantía de los mismos. Esta circunstancia no impide el cobro ejecutivo respectivo, pues hoy es comúnmente admitido que la unidad del título ejecutivo no consiste en que la obligación clara, expresa y exigible conste en un único documento, sino*

junto con la sentencia por medio de la cual fue aprobada por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, el cual puede ser exigible, de acuerdo a las del artículo 422 y subsiguientes del Código General del Proceso referentes al proceso ejecutivo, debe recordarse que la Corte Constitucional ha predicado la procedencia de la acción de tutela para exigir el acatamiento de obligaciones de hacer cuando los mecanismos ordinarios no resultan idóneos para garantizar los derechos fundamentales vulnerados con el incumplimiento de una decisión judicial¹⁹, tal como resulta de las conductas desplegadas por la señora PCGA, máxime en tratándose de los bienes *ius fundamentales* de la menor Mariana Galindo Acosta.

Del marco normativo y jurisprudencial aplicable.

De la vulneración de los derechos de los niños y la unidad familiar.

En tratándose de los derechos de los niños estos se clasifican dentro de los derechos fundamentales por mandato expreso de la Constitución y pueden ser protegidos por una orden de tutela conforme a lo reglamentado por la ley para el desarrollo de tal derecho, pero en caso de que el derecho que se protege no se encuentre reglamentado, éste puede llegar a ser protegido por una orden judicial. Tal como lo ha establecido la Corte Constitucional en la Sentencia SU-225/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, en la que manifestó:

“El juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el núcleo esencial de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta. En estos casos, debe ordenar a los sujetos directamente obligados el cumplimiento de sus respectivas responsabilidades, a fin de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas del menor. Si se trata de asuntos que sólo pueden ser atendidos por el Estado - bien por su naturaleza, ora por que los restantes sujetos no se encuentran en capacidad de asumir la obligación - la autoridad pública comprometida, para liberarse de la respectiva responsabilidad, deberá demostrar (1) que, pese a lo que se alega, la atención que se solicita no tiende a la satisfacción de una necesidad básica de los menores; (2) que la familia tiene la obligación y la capacidad fáctica de asumir la respectiva

que se acepta que dicho título puede estar constituido por varios que en conjunto demuestren la existencia de una obligación que se reviste de esas características. Así pues, la unidad del referido título ejecutivo es jurídica, mas no física. (...)”.

¹⁹ En la Sentencia T-134 de 2012, la Corte Constitucional dijo: “(...) Respecto a la procedencia de la acción de tutela para exigir el cumplimiento de providencias judiciales ejecutoriadas, esta Corporación ha establecido que, en principio, es el proceso ejecutivo la vía adecuada para lograr tal cometido. Sin embargo, de manera excepcional ha señalado que cuando se trata de obligaciones de hacer, es factible acudir al mecanismo de amparo para lograr tal propósito, dado que los mecanismos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico no siempre resultan ser idóneos para proteger los derechos fundamentales que puedan resultar afectados con el incumplimiento de una providencia (...).

responsabilidad y que las autoridades administrativas tienen la competencia y están dispuestas a hacerla cumplir; (3) que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos exigibles, el Estado no se encuentra en la posibilidad real de satisfacer la necesidad básica insatisfecha.”

El artículo 44 de la Constitución Política señala:

“ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

De conformidad con las normas transcritas, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales de los niños, ya que el legislador ha consagrado un plus de protección de los mismos debido a que estos derechos deben primar sobre los demás.

Ahora bien, para tratar el tema del derecho fundamental a la unidad familiar, el cual proviene de la consagración constitucional del bien *ius fundamental* a tener una familia y no ser separado de ella, es necesario acudir a las tesis sociológicas que buscan justificar la importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

De tal manera, debe destacarse que a lo largo de la constitución de las civilizaciones se ha acudido a teorías creacionistas y evolucionistas que con el tiempo tuvieron diversas ramificaciones según su afectación cultural y religiosa, de acuerdo a las cuales el concepto “familia” tenía varias influencias que acentuarían la importancia patriarcal o matriarcal de los sujetos que la conforman, pero en todo caso con un punto de encuentro, el mantenimiento de relaciones de cooperación para la supervivencia, es decir, iría tomando forma el principio de solidaridad.

Posteriormente, en obras jurídicas, políticas, sociales y económicas, varios autores comenzarían a estudiar el concepto de familiar respecto al hombre como

tal y su papel en la sociedad, en consecuencia, se marcarían tendencias individualistas del ser, así como, de otro lado, aquellas que propugnaban por la familia como núcleo, tendencia que fue acogida por la tradición jurídica de occidente, específicamente el civilismo francés al cual debemos gran parte de nuestro ordenamiento jurídico actual, por lo tanto recibiríamos varios conceptos como la familia monoparental, la necesidad de prestaciones sociales para asistencia en la vejez y el papel primordial de los menores como sujetos integrantes de la familia de manera preponderante.

Es así que ese papel preponderante de la familia en la sociedad a la cual esta última debe brindar protección y asistencia, sería positivizado en instrumentos universales y regionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, de tal forma que su aplicación es para todo ser humano sin excepción alguna.

En vista de lo anterior, debe destacarse que Colombia ha integrado varios de esos instrumentos internacionales para la protección del derecho a la familia por medio del bloque de constitucionalidad consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, por lo que derechos como los establecidos en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, la Declaración Universal para la Erradicación del Hambre, las Reglas de Beijing, las Reglas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad o las Directrices de RIADH, etc, adquieren el rango de fundamentales en tanto tenga que ver con los consagrados de tal forma en el ordenamiento interno o sean conexos con los mismos.

Igualmente, la protección de la familia se encuentra a lo amplio de nuestra Norma Fundamental en varios artículos que consagran su importancia, su protección y los deberes de aquella para con sus miembros, de la siguiente manera:

“(…) ARTICULO 5o. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.

(…)

ARTICULO 42. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad

de la familia son inviolables. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley. Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos. Las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los deberes y derechos de los cónyuges, su separación y la disolución del vínculo, se rigen por la ley civil. Los matrimonios religiosos tendrán efectos civiles en los términos que establezca la ley. Los efectos civiles de todo matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil. También tendrán efectos civiles las sentencias de nulidad de los matrimonios religiosos dictadas por las autoridades de la respectiva religión, en los términos que establezca la ley. La ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes.

ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

(...)

ARTICULO 67. La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura. La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente. El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos. Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley (...). (Subrayado fuera del texto).

En este orden de ideas, de conformidad con la protección constitucional que se ha establecido para la familia como núcleo fundamental de la sociedad, es necesario precisar que en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha sostenido que es *“(...) aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos (...)”*²⁰.

Es así como partiendo de este imperativo, la Corte Constitucional ha manifestado que la unidad de la misma solo se puede ver afectada en situaciones concretas en las que se puede discernir la posible afectación de los derechos del menor, los cuales en un rango de ponderación deben primar, es así que consideró:

“(...) En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha señalado que los niños, las niñas y los adolescentes necesitan para su crecimiento armónico del afecto de sus familiares y que el carecer de los lazos afectivos necesarios para su tranquilidad y su desarrollo integral vulnera sus derechos fundamentales. Por ello, ha sostenido que solo razones muy poderosas, ya sea por una norma jurídica, por decisión judicial o por orden de un defensor o comisario de familia, se puede afectar la unidad familiar (...)”.

Del caso concreto.

Con el fin de resolver el motivo de inconformidad de la parte actora se observa que al *Sub exámine* fueron aportados distintos medios probatorios al expediente de los cuales se puede establecer que:

- La menor nació el 2 de mayo de 2006 en la ciudad de Bogotá y es hija de la señora PCGA y el señor WJMA, conformidad con el contenido del Registro Civil de Nacimiento con indicativo serial XXXX de la Registraduría Nacional del Estado Civil²¹.

a) *Actuaciones adelantadas ante los Defensores de Familia y la Jurisdicción de Familia.*

- A petición del aquí accionante, junto con la madre de la menor fueron citados al ICBF centro zonal Suba, por lo que se realizó diligencia de conciliación referente a su custodia, alimentos y visitas el 7 de abril de 2010 la cual se declaró fracasada

²⁰ Sentencia T-170 de 2015 de la Corte Constitucional.

²¹ Folio 33.

ante la falta de ánimo conciliatorio de las partes y además se decidió lo siguiente²²:

“(...) SEGUNDO: Respecto a la Custodia de la niña, se considera pertinente que la niña continúe bajo el cuidado (sic) la progenitora, en forma provisional, hasta tanto se decida por las autoridades judiciales. TERCERO: VISTAS (sic). Estas se realizan con el padre, recogiendo a la niña el día sábado, cada (15) días a las 10 a.m. regresándola el día domingo a las 6 p.m. si la visita coincide con un día festivo, la visitase (sic) prorroga hasta el día lunes a la misma hora (...)”.

- En el expediente se observan dos boletas de citación de 27 de julio y 10 de agosto de 2010 dirigidas a cada uno de los progenitores, respectivamente, por parte del ICBF centro zonal Suba²³.

- De acuerdo al acta de audiencia pública de 3 de febrero de 2012 celebrada por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, se evidencia que dentro del proceso de custodia y cuidado personal en el que actuó como demandante el señor WJMA y como demandada la señora PCGA con radicado No. 2011-00644 se suscribió un acuerdo de conciliación entre las partes, cuyo contenido establece:

“(...) Las partes manifiestan que llegan al siguiente acuerdo: La custodia de la menor MMG será compartida por los dos padres de la siguiente manera: La niña MARIANA estará con su progenitora de lunes a viernes y con el padre tres fines de semana recogiéndola desde el viernes en el colegio y la regresará el domingo o lunes si es festivo a las seis de la tarde en la casa de la mamá de la niña y con la madre el último fin de semana de cada mes. En vacaciones de fin de año, mitad de año, semana de receso escolar y semana santa, la niña compartirá la mitad de las vacaciones con el padre y la otra mitad con la mamá. En fechas especiales como navidad la niña compartirá con el papá y año nuevo con la mamá y así sucesivamente alternando cada año. Igualmente en la fecha de los niños (halloween) será compartida cada año con cada uno de los padres. En los cumpleaños de la niña cada padre compartirá un año alternado, empezando este año el padre. Igualmente los padres de la menor se comprometen a asistir a un tratamiento psicológico a fin de afianzar las pautas de crianza frente a su menor hija, la cual será practicada por la EPS y los costos serán asumidos por los dos padres. El anterior acuerdo es coadyuvado por los apoderados.

PRIMERO: Aprobar el acuerdo al que han llegado las partes en relación con la custodia de la menor MMG.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se da por terminado el presente proceso.

²² Folios 34 y 40.

²³ Fls. 43 y 44.

TERCERO: Se ordena oficiar a la EPS SANITAS para efectos de realizar el tratamiento psicológico a las partes a fin de afianzar pautas de crianza frente a la menor hija (...)”.

- A folios 48 y 49 obra requerimiento de 9 de mayo de 2012 hecho por el Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá a la señora PCGA para que cumpliera lo acordado en audiencia de conciliación celebrada el 3 de febrero de la misma anualidad en el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá.
- Conforme a la boleta de citación de 22 de junio de 2012, expedida por el ICBF centro zonal Mártires, se observa que los padres y la menor de edad fueron citados a comparecer ante esa Dependencia el 11 de julio de la misma anualidad²⁴, sin embargo, solo asistió el señor WJMA, conforme a la certificación emitida por la Psicóloga de Asuntos Extraprocesales de la referida Entidad²⁵.
- A folios 56 y 60 obran boletas de citación expedidas el 22 de agosto y 8 de noviembre de 2012 por el ICBF centro zonal Mártires y dirigidas a los padres y la menor implicados en el presente asunto, pero no hay constancia de la realización de las respectivas actuaciones así como de la asistencia de las partes.
- Mediante escrito de 7 de diciembre de 2012, el tutelante le solicitó a la Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires una medida de protección de los derechos de su hija menor ante la conducta de su progenitora que no le permite tener comunicación y contacto con la misma, debido a que hasta esa fecha fueron infructuosas las citaciones para acudir a la entidad²⁶.
- Una vez la Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires solicitó a la Fundación Mujer y Familia una valoración psicológica, esta fue realizada y se suscribió un Informe de Intervención Terapéutica en el que se concluyó²⁷:

“(...) Este entrevista permite apreciar que al parecer algunas situaciones vividas con la menor ya pueden estar siendo maximizadas por parte de la madre y puede existir la posibilidad de estar involucrando a la menor, pues en entrevista la niña relato eventos donde su madre le impide contestar el teléfono cuando es su padre quien llama, y la afectación que la madre sostiene puede allegarla a trasladar a su hija.

(...)

²⁴ Fl. 50.

²⁵ Fl. 51.

²⁶ Fls. 61 a 63.

²⁷ Fls. 77 a 80.

Dentro del presente proceso se brindaron diferentes alternativas, para lograr la vinculación al proceso de la señora Paola, sin embargo no fue posible su asistencia pese a que se brindaron diferentes alternativas para contar con su presencia y el señor Murcia se comprometió a cubrir parte del costo del proceso (...)”.

- Mediante escrito de 14 de febrero de 2014, el tutelante le insistió a la Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires una medida de protección de los derechos de su hija menor ante la conducta de su progenitora²⁸, de tal forma, se emitió una nueva boleta de citación y, posteriormente, se realizó diligencia de conciliación en el Colegio en el que esta matriculada la menor, pero el accionante, inicialmente, no pudo asistir, en consecuencia, la misma fue adelantada solo con la madre y se resolvió amonestar al señor WJMA y prevenirlo de incumplir el acuerdo celebrado el 3 de febrero de 2012 en el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, además de conminarlo para asistir a nueva audiencia de conciliación el 10 de marzo de 2014 y aportar algunos documentos y valoraciones referentes al estado de la niña²⁹.

- A través de escrito de 6 de marzo de 2014, el señor WJMA manifestó su inconformidad con la amonestación impuesta por la Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires y le solicitó la custodia temporal de su hija con los soportes necesarios para probar las actuaciones realizadas hasta la fecha³⁰.

- Posteriormente, el tutelante presentó un derecho de petición ante la Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires en el que solicitó el rescate de la menor y el restablecimiento de derechos³¹, frente al cual la referida autoridad contestó que no contaba con la historia de atención en su caso, razón por cual debía solicitarla al ICBF centro zonal Suba y allegarla a esa dependencia³².

- Por intermedio de escrito de 13 de febrero de 2015, el señor WJMA mencionó que el asunto puesto a consideración a la Defensora del ICBF centro zonal Mártires no trataba una simple petición sino la realización de las actuaciones tendientes al restablecimiento de los derechos de la menor MMG³³.

²⁸ Fls. 88 y 89.

²⁹ Fl. 92 y 93.

³⁰ Fls. 94 a 96.

³¹ Fl. 105.

³² Fl. 106.

³³ Fls. 107 a 110.

- También solicitó al ICBF centro zonal Suba el desarchivo del procedimiento con radicado No. H.S.F. 11 M 290 – 2010 contentivo de las actuaciones realizadas ante esa Entidad respecto a los derechos de su hija, conforme al escrito presentado el 20 de abril de 2015³⁴.

b) Actuaciones adelantadas ante la Fiscalía General de la Nación.

- De conformidad con el Formato Único de Noticia Criminal de la Fiscalía General de la Nación, el actor instauró denuncia penal por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad contra la señora PCGA el 17 de agosto de 2012³⁵.

- Una vez se realizaron las actuaciones pertinentes al interior de la investigación, la Fiscalía General de la Nación emitió Resolución de archivo del proceso de 30 de abril de 2013 en la que argumentó:

“(...) el delito arbitrario de la custodia de hijo menor de edad, consagrado en el artículo 230 A del C.P., procede cuando una de los padres es afectado por la conducta del otro progenitor, quien le impide ejercer el derecho de custodia y cuidado personal de su hijo menor. Pero para que tal cosa suceda, es preciso que la custodia se haya definido en favor del padre al cual se le ha impedido ver a su hijo.

(...)

En el presente caso, pese a que ya está definida la custodia a favor de uno de los progenitores, el incumplimiento de visitas no es del ámbito del derecho (...).”

c) Actuaciones adelantadas ante la Procuraduría General de la Nación.

- A través de escrito de 16 de diciembre de 2013, el señor WJMA le solicitó al Ente de Control la intervención en las actuaciones realizadas por la Defensora de Familia del ICBF centro zonal Mártires respecto a la restitución de derechos de su hija³⁶.

- Mediante el Oficio de 17 de octubre de 2014, la Procuraduría Sesenta y Uno Judicial II de Familia le informó que ejerció la vigilancia respectiva, en la que se constató que el 28 de febrero de esa anualidad se realizaron reuniones separadas con los padres de la menor y se les recordó la afectación psicológica y moral que sufre su hija a causa de sus conflictos, frente a lo cual se comprometieron a

³⁴ Fl. 111.

³⁵ Fls. 52 y 53.

³⁶ Fl. 82 a 86.

cumplir con los compromisos pactados. De tal manera dispuso el cierre y archivo de la diligencia realizada³⁷.

d) *Certificaciones y actuaciones referentes a la Institución educativa en la que se encuentra matriculada la menor MMG.*

- Son varias las certificaciones emitidas por el Colegio para Hijos de Empleados de la Contraloría General de la República que dan cuenta de la ausencia reiterada de la menor MMG a clases durante el año 2010, así como escritos realizados por la madre de la menor PCGA en los que justifica tales circunstancias, en su mayoría, con citas médicas y sin soporte alguno³⁸. Igualmente, se reitera tal situación para los años 2012, 2103 y 2014 conforme a las certificaciones expedidas por el Instituto Pedagógico para el Desarrollo Integral – CREAR que además dan cuenta del retiro de la menor por parte de la madre antes de terminar sus actividades académicas, especialmente los viernes cuando le correspondía al accionante recogerla³⁹.

- La Rectora y el Psicólogo del Instituto Pedagógico para el Desarrollo Integral – CREAR suscribieron un documento el 11 de junio de 2013 que trata el estado de la menor MMG en el que comunican⁴⁰:

“(...) En reiteradas ocasiones el orientador escolar y la rectora han tratado de intervenir para evitar dichos conflictos, conscientes sobre todo el daño y la vergüenza que puede sentir la estudiante frente a ello, pero los padres hacen caso omiso de cualquier intento de conciliación y la conducta continúa. La niña no es traída a estudiar la gran mayoría de los días viernes, y cuando si viene y es el padre de familia quien debe recogerla, usualmente la madre se presenta también al colegio y allí es donde se dan las discusiones.

De continuar con esta situación ocurrirán indefectiblemente tras consecuencia muy graves para la niña. En primer lugar, su salud emocional y psicológica seguirán siendo afectadas cada vez más hasta llegar a consecuencias irremediables. Por otra parte, su proceso académico se verá perjudicado, pues en el colegio se pierde el año también por fallas, y hay algunas asignaturas que solamente se ven por horario el día viernes, en las cuales la nota obtenida ha sido negativa por las inasistencias. Y finalmente, se está omitiendo el cumplimiento del decreto del juzgado mencionado, lo que traerá consecuencias a nivel legal, pues claramente se puede incurrir en una violación a los derechos de la menor al negarle el contacto con su progenitor y el cumplimiento de las condiciones que para su bienestar fueron acordadas por los padres (...).”

³⁷ Fl. 103

³⁸ Fls. 36 a 41.

³⁹ Fls. 54, 55, 57, 72, 81, 98, 99, 100, 102, 104 y 112.

⁴⁰ Fls. 73 a 76.

Una vez establecidos los supuestos fácticos y jurídicos que hacen parte de esta acción de tutela, es necesario recordar que la inconformidad manifestada por el señor WJMA como parte tutelante en el presente asunto está dirigida a obtener el amparo de los derechos fundamentales de su hija MMG en tanto no ha sido posible mantener comunicación y contacto permanente entre aquellos, debido a que la señora PCGA, madre de la menor, incurre en conductas que, tal como se evidencia en el recuento de los hechos realizado en esta providencia, le impiden al accionante cumplir con las obligaciones que derivan de la patria potestad de su hija.

Sumado a esto, en el escrito de impugnación se observa que el actor refuerza el reclamo constitucional y hace énfasis en el hecho de que, a su juicio, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Fiscalía General de la Nación no han ejercido de manera adecuada y con diligencia las actuaciones correspondientes para hacer eficaz el restablecimiento de los derechos de la niña.

Frente a lo cual exige que el juez de tutela emita una orden vinculante al primero de los mencionados para que garantice el cumplimiento de los acuerdos realizados con la madre de la menor sobre la custodia, cuidado personal y visitas y, de otro lado, en cuanto al Ente acusador, ordenarle que desarchive la investigación penal que adelantó contra la señora PCGA por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad.

En cuanto a la pretensión de conceder la custodia total y el cuidado personal de la menor al accionante y disponer un término perentorio para su cumplimiento.

Así, para resolver la primera de las cuestiones planteadas por la parte actora, es necesario enfatizar que en las pruebas aportadas al expediente de tutela existen dos diligencias contundentes en cuanto a la regulación de los derechos de la menor MMG. La primera de las mencionadas corresponde a la diligencia de conciliación adelantada por el ICBF centro zonal Suba el 7 de abril de 2010 en la que, si bien no hubo ánimo conciliatorio, la Defensora de Familia estableció: “(...) *Respecto a la Custodia de la niña, se considera pertinente que la niña continúe bajo el cuidado (sic) la progenitora, en forma provisional, hasta tanto se decida por las autoridades judiciales (...)*”.

Ahora bien, posteriormente, los padres de la menor llegaron a un acuerdo de conciliación en audiencia pública celebrada el 3 de febrero de 2012, el cual fue

aprobado por el Juez Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá y en el que se estableció lo referente a la custodia, cuidado personal y visitas de su hija.

Sin embargo, es abundante el material probatorio que comprueba la renuencia de la señora PCGA a acatar los referidos acuerdos a través de conductas tendientes a impedir que el padre de la menor tenga una comunicación y un contacto directo y permanente con su hija, tales como el retiro de la menor de la Institución educativa los días en los que le correspondía al progenitor, inasistencia a las diligencias realizadas por las Autoridades administrativas competentes, cambios de domicilio y medios de comunicación, etc.

De esta manera, es evidente que tal situación ha impedido al actor ejercer los derechos y obligaciones derivados de la patria potestad⁴¹ que es de orden público, irrenunciable, imprescriptible, intransferible, temporal y en este caso no se encuentra restringida o interrumpida por orden judicial. Al respecto, es importante precisar que la patria potestad comprende cuestiones como el usufructo de los bienes del hijo, la administración de esos bienes y la representación de los menores, tal como lo dispone el Código Civil en el artículo 288 y subsiguientes.

En ese orden de ideas, no se puede omitir que a los padres les corresponde el cuidado personal y la crianza de sus hijos, según lo establece el artículo 253 del Código Civil, frente a lo cual cabe anotar que el artículo 23 de la Ley 1098 de 2006 se refiere a la custodia y cuidado personal de la siguiente manera:

“(...) Los niños, las niñas y los adolescentes 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. (...)”.

Así pues, se infiere que la custodia y cuidado personal es una obligación de los padres para con su hijo y es un derecho de los menores, el cual, actualmente, es vulnerado por la señora PCGA a través de las conductas mencionadas que le impiden al señor William Javier Murcia Acosta ejercer el deber de criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar a su hija, quien a la edad que tiene es incapaz de regular, independientemente su conducta.

⁴¹ El artículo 288 del Código Civil dispone: “(...) <**DEFINICION DE PATRIA POTESTAD**>. <Artículo subrogado por el artículo 19 de la Ley 75 de 1968. El nuevo texto es el siguiente:> La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone (...).”

Situación que impacta de forma directa en el derecho fundamental de la menor a tener una familia y no ser separada de ella, consagrado en el artículo 44 de la Carta Fundamental, frente a lo cual debe recordarse, la Corte Constitucional ha considerado que existen “(...) *Obligaciones que se hacen más fuertes e imperativas cuando la pareja decide separarse, pues en ese momento el menor requiere de mayor atención y comprensión de sus padres, para no resultar perjudicado por el conflicto de ellos (...)*”⁴².

Consecuencia de las consideraciones efectuadas, esta Sala de decisión concluye que el caso bajo estudio amerita una orden de amparo como bien lo hiciera el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, en la medida en que debe evitarse a toda costa el perjuicio irremediable que se le podría causar a la menor de edad con la situación a la que se ha visto supeditada, máxime cuando al expediente fueron allegadas valoraciones realizadas a la menor por psicólogos que dan cuenta de la afectación emocional y moral que padece la niña y que podría tener secuelas irreversibles.

Sin embargo, en concordancia con lo afirmado con el *A quo*, es necesario precisar que lo dispuesto por el Juez Constitucional no puede desconocer, desbordar o sustituir el acuerdo conciliatorio que suscribieron las partes en audiencia pública celebrada el 3 de febrero de 2012 ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, pues como ya se mencionó las Autoridades administrativas y judiciales de Familia tienen la competencia y un amplio margen probatorio para resolver las pretensiones del actor de tutela y garantizar los derechos de la menor. Sumado a esto es necesario precisar, en Sentencia T-500 de 1993, la Corte Constitucional sostuvo que: “(...) *El juez de tutela, en razón de la autonomía de los jueces, no puede declarar la suspensión del régimen de visitas, ni el otorgamiento de la tenencia y cuidado de los hijos a cualquiera de los padres, pues es al juez de familia a quien compete decidir sobre el ejercicio de ese derecho (...)*”.

Así pues, independientemente de que en el proceso verbal sumario adelantado ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá se definiera la custodia o los cuidados personales y visitas, lo cierto es que las partes llegaron a un acuerdo respecto al tiempo que cada uno pasaría con la menor y para su cumplimiento fue que se interpuso esta acción de tutela, lo cual demarca el ámbito de competencia del Juez constitucional.

⁴² Sentencia T-500 de 1993 de la Corte Constitucional.

En consecuencia, no es posible acceder a la pretensión de la parte accionante de conceder de manera transitoria la custodia total y el cuidado personal de su hija, sin embargo, en la medida en que el reclamo constitucional del actor está dirigido a cuestionar el incumplimiento de la mencionada diligencia aprobada por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá y no su contenido, es necesario proferir las órdenes tendientes a garantizar el acatamiento del mismo.

Del cargo relacionado con la falta de eficacia de las actuaciones del ICBF para garantizar los derechos de la menor y la intervención de la Procuraduría.

Concatenado con las disposiciones que el Juez constitucional debe tomar en aras de buscar el cumplimiento de los acuerdos a los que han arribado los progenitores de la menor de edad para que prevalezca el interés superior de sus derechos fundamentales, están las actuaciones que las Autoridades de Familia deben desarrollar en virtud de las facultades que la Constitución y la Ley les confiere.

Es así que en el caso bajo estudio están acreditadas una serie de actuaciones que adelantó el ICBF, a través de los Defensores de Familia de los centros zonales de Suba y Mártires, los cuales de primera mano podrían servir de justificación de la obligación que les asiste como parte integrante del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

Sin embargo, no se observa que con las gestiones mencionadas el ICBF materializara el objetivo de protección integral a la infancia, en este caso a la niña MMG, y el fortalecimiento de los lazos familiares con sus padres, pues no hay una colaboración armónica entre agentes, instancias de coordinación y articulación que interactúen para tal fin.

Lo anterior, en tanto la Sala de decisión considera que es atentatorio del debido proceso que el señor WMG acudiera en reiteradas ocasiones ante los Defensores de Familia, tanto del centro zonal Suba como su igual en Mártires, para exigir el cumplimiento, en este caso del acuerdo de conciliación celebrado el 3 de febrero de 2012 ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá y tales Autoridades se limiten a efectuar citaciones a las partes de manera desarticulada y aislada, frente a las cuales, ante la inasistencia de una de las partes la única consecuencia era el archivo de las diligencias.

Adicionalmente, el cambio de Defensores de Familia en las respectivas dependencias del ICBF no puede servir de excusa para no dar continuidad a los

procesos iniciados y mucho menos imponer cargas administrativas a los usuarios que corresponden a las referidas autoridades, tal como sucedió en el presente asunto cuando actor de tutela acudió al centro zonal de Mártires para reiterar su solicitud de restablecimiento de los derechos de la menor y, ante el cambio de funcionario, le solicitaron traslado de los antecedentes adelantados ante el ICBF centro zonal Suba.

Tales circunstancias evidencian el incumplimiento de las funciones de los defensores de familia y las reglas de las actuaciones administrativas que les corresponden, conforme a lo dispuesto en los artículos 82, 99 y 100 de la Ley 1098 de 2006⁴³.

⁴³ Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. **ARTÍCULO 82. FUNCIONES DEL DEFENSOR DE FAMILIA.** *Corresponde al Defensor de Familia:*

1. Adelantar de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza.

2. Adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes.

3. Emitir los conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas.

4. Ejercer las funciones de policía señaladas en este Código.

(...)

8. 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. Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar. (...)

“(...) ARTÍCULO 99. INICIACIÓN DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. El representante legal del niño, niña o adolescente, o la persona que lo tenga bajo su cuidado o custodia, podrá solicitar, ante el defensor o comisario de familia o en su defecto ante el inspector de policía, la protección de los derechos de aquel. También podrá hacerlo directamente el niño, niña o adolescente.

Cuando el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía tenga conocimiento de la inobservancia, vulneración o amenaza de alguno de los derechos que este Código reconoce a los niños, las niñas y los adolescentes, abrirá la respectiva investigación, siempre que sea de su competencia; en caso contrario avisará a la autoridad competente.

En la providencia de apertura de investigación se deberá ordenar:

1. La identificación y citación de los representantes legales del niño, niña o adolescente, de las personas con quienes conviva o sean responsables de su cuidado, o de quienes de hecho lo tuvieren a su cargo, y de los implicados en la violación o amenaza de los derechos.

2. Las medidas provisionales de urgencia que requiera la protección integral del niño, niña o adolescente.

3. La práctica de las pruebas que estime necesarias para establecer los hechos que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos del niño, niña o adolescente.

ARTÍCULO 100. TRÁMITE. Cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, el defensor o el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía citará a las partes, por el medio más expedito, a audiencia de conciliación que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes al conocimiento de los hechos. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación.

Fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citado procederá establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia.

El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer. Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, fijará audiencia para practicarlas con sujeción a las reglas del procedimiento civil y en ella fallará mediante resolución susceptible de reposición. Este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.

Es evidente que las actuaciones realizadas no atienden a los postulados normativos que las orientan, en tanto no se ha dado continuidad a los trámites administrativos pese a la imposibilidad de realizar las diligencias para las que citan a las partes y, en consecuencia, omiten el fin último de las mismas, es decir, la prevalencia del interés superior de los menores.

Cabe recordar que en el Código de la Infancia y la Adolescencia se establecieron los mecanismos necesarios para garantizar que las medidas dispuestas por las Autoridades de familia sean eficaces, pues el Sistema de Bienestar Social esta compuesto por todos los organismos y entidades del Estado en virtud del principio de responsabilidad y, especialmente, por los Defensores y Comisarios de Familia, los Jueces de Familia, la Policía Nacional y el Ministerio Público que, a su vez, está conformado por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las Personerías Distritales y Municipales, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 79, 83, 88 y 95 de la Ley 1098 de 2006⁴⁴.

En ese orden de ideas, el ICBF, a través de los Defensores de Familia competentes, en este asunto deben realizar las gestiones pertinentes para que las demás autoridades colaboren en garantía del cumplimiento de los acuerdos para el cuidado de la menor que previamente realizaron. Al respecto, debe precisarse que, tanto la Policía Nacional como la Procuraduría General de la Nación están facultados para coadyuvar en el referido acatamiento. Al respecto, el Código de Infancia y la Adolescencia dispone lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 88. MISIÓN DE LA POLICÍA NACIONAL. La Policía Nacional es una entidad que integra el Sistema Nacional de Bienestar Familiar. Su misión como miembro del Sistema, es garantizar la

Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al Juez de Familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad, el Juez resolverá en un término no superior a 10 días.

PARÁGRAFO 1o. *Cuando lo estime aconsejable para la averiguación de los hechos, el defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, podrán ordenar que el equipo técnico interdisciplinario de la defensoría o de la comisaría, o alguno de sus integrantes, rinda dictamen pericial.*

PARÁGRAFO 2o. *En todo caso, la actuación administrativa deberá resolverse dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la presentación de la solicitud o a la apertura oficiosa de la investigación, y el recurso de reposición que contra el fallo se presente deberá ser resuelto dentro de los diez días siguientes al vencimiento del término para interponerlo. Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá inmediatamente el expediente al Juez de Familia para que, de oficio, adelante la actuación o el proceso respectivo. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar.*

Excepcionalmente y por solicitud razonada del defensor, el comisario de familia o, en su caso, el inspector de policía, el director regional podrá ampliar el término para fallar la actuación administrativa hasta por dos meses más, contados a partir del vencimiento de los cuatro meses iniciales, sin que exista en ningún caso nueva prórroga. (...).”

⁴⁴ Código para la Infancia y la Adolescencia.

protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes en el marco de las competencias y funciones que le asigna la ley. Tendrá como cuerpo especializado a la Policía de Infancia y Adolescencia que reemplazará a la Policía de Menores.

ARTÍCULO 89. FUNCIONES DE LA POLICÍA NACIONAL PARA GARANTIZAR LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES. Sin perjuicio de las funciones atribuidas en otras leyes en relación con los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la Policía Nacional y en especial la Policía de Infancia y Adolescencia, tendrán las siguientes funciones:

1. Cumplir y hacer cumplir las normas y decisiones que para la protección de los niños, las niñas y los adolescentes impartan los organismos del Estado.

ARTÍCULO 95. EL MINISTERIO PÚBLICO. El Ministerio Público está integrado por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, y las personerías distritales y municipales, y tendrán a su cargo, además de las señaladas en la Constitución Política y en la ley, las siguientes funciones:

1. Promover, divulgar, proteger y defender los Derechos Humanos de la infancia en las instituciones públicas y privadas con énfasis en el carácter prevalente de sus derechos, de su interés superior y sus mecanismos de protección frente a amenazas y vulneraciones.

2. Promover el conocimiento y la formación de los niños, las niñas y los adolescentes para el ejercicio responsable de sus derechos.

3. Tramitar de oficio o por solicitud de cualquier persona, las peticiones y quejas relacionadas con amenazas o vulneraciones de derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y su contexto familiar, y abogar en forma oportuna, inmediata e informal, porque la solución sea eficaz y tenga en cuenta su interés superior y la prevalencia de los derechos.

4. Hacer las observaciones y recomendaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación de los Derechos Humanos de los niños, las niñas y los adolescentes (...).

En este orden de ideas, se ordenará al Instituto de Bienestar Familiar, por intermedio de las Defensorías de Familia competentes, que inicie las actuaciones administrativas pertinentes para garantizar el cumplimiento de la conciliación que suscribieron el señor WJMA y la señora PCGA respecto al cuidado de la menor MMG en audiencia pública realizada el 3 de febrero de 2012 ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá y para que ponga en conocimiento de la accionante la Policía Nacional la situación, de tal manera ejerza las funciones que sean de su competencia.

Adicionalmente, se conminará a la Procuraduría General de la Nación para que realice la vigilancia administrativa de las actuaciones que realice las Autoridades competentes del ICBF respecto al cumplimiento del referido acuerdo.

De lo referente al desarchivo de la investigación penal surtida ante la Fiscalía General de la Nación.

De otro lado, el señor WJMA solicitó ordenar a la Fiscalía General de la Nación el desarchivo de la investigación penal que adelantara a causa de la denuncia que interpuso contra la señora PCGA por el delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad, para lo cual requirió que se le solicitara al Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá aclarar que en el acuerdo de conciliación al que llegaron las partes se reguló lo correspondiente a la custodia compartida de la menor MMG y no solo el cuidado personal y visitas.

Es necesario indicar que, en primera instancia, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B vinculó a la referida Autoridad Judicial, sin embargo, el Despacho con tal denominación informó que el proceso fue conocido por un Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá que fue suprimido, mediante Acuerdo de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de tal forma que remitió el requerimiento al Juzgado Cuarto de Familia de Bogotá por ser el despacho de origen.

Pese a lo anterior, esta Sala de decisión debe precisar los siguientes aspectos:

Esta acción de tutela fue ejercida contra la señora PCGA, el ICBF y la Fiscalía General de la Nación para buscar el cumplimiento del referido acuerdo de conciliación celebrado ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá, por tanto no es posible cuestionar el contenido de esa actuación judicial⁴⁵.

Ahora bien, frente a la pretensión de desarchivo de la mencionada investigación penal debe señalarse que no se cumple con el requisito de subsidiariedad de este mecanismo constitucional, debido a que contra la referida decisión de la Fiscalía General de la Nación el actor cuenta con los medios de defensa judicial idóneos para su impugnación como lo son el recurso de reposición, conforme lo dispuesto en el artículo 79⁴⁶ del Código de Procedimiento Penal, o a los Jueces de Garantías en caso de denegarse la solicitud de reapertura del sumario, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-1154 de 2005.

⁴⁵ Autoridad Judicial y providencia respecto a las cuales estaría en la posibilidad de ejercer el recurso de amparo constitucional con el fin de cuestionar su contenido en atención a la situación particular que podría justificar el rompimiento de la cláusula formal de inmediatez.

⁴⁶ “(...) *Archivo de las diligencias*. Cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Sin embargo, si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanudará mientras no se haya extinguido la acción penal. (...).

En todo caso, es necesario aclarar que el cargo expuesto por la parte accionante no puede ser objeto de estudio por parte del Juez de tutela, pues la acción penal ejercida por el delito de ejercicio arbitrario de custodia de hijo menor de edad atiende a la protección de un bien jurídico distinto (delitos contra la familia) del que se analiza en el *sub lite* en atención a que el fin de esta acción constitucional es, exclusivamente, la garantía y prevalencia de los derechos fundamentales de una menor de edad.

Conclusión.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de 11 de noviembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B en el sentido de amparar el derecho fundamental de la menor MMG a tener una familia y no ser separada de ella, pero se modificará y adicionará para extender la protección concedida y garantizar el cumplimiento de las órdenes del Juez de Primera Instancia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

I. CONFIRMAR la Sentencia de 11 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, en el sentido de amparar el derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella de la menor MMG, de conformidad con las precisas razones expuestas en esta providencia.

II. MODIFICAR la Sentencia de 11 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B, la cual quedará así:

“(…) SEGUNDO: ORDENAR a la señora PCGA que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, facilite toda la información al demandante, relacionada con su lugar de domicilio, incluyendo teléfonos y otros datos de localización. Que esta información, le sea enviada al actor mediante el correo electrónico que sea del regular uso de éste.

TERCERO: ORDENAR a la señora PCGA que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, cumpla a

cabalidad con el régimen de visitas establecido en el Acta de conciliación de fecha 03 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión.

CUARTO: PREVENIR a PCGA, para que, en caso de presentar alguna inconformidad del régimen de visitas actual o la distribución de cargas y responsabilidades frente a MMG, evite acudir a una vía de hecho para solucionarlo y en su lugar, haga uso de los mecanismos administrativos y judiciales previstos por el legislador para tramitar sus intereses y los de su hija (...)”.

III. ADICIONAR la Sentencia de 11 de noviembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección B con los siguientes numerales:

QUINTO: ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, por intermedio de las Defensorías de Familia competentes, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, inicie las actuaciones administrativas pertinentes para garantizar el cumplimiento de la conciliación que suscribieron el señor WJMA y la señora PCGA respecto al cuidado de la menor MMG en audiencia pública realizada el 3 de febrero de 2012 ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá y para que ponga en conocimiento de la accionante la Policía Nacional la situación, de tal manera ejerza las funciones que sean de su competencia.

SEXTO: CONMINAR a la Procuraduría General de la Nación para que realice la vigilancia administrativa de las actuaciones que realicen las Autoridades competentes del ICBF respecto al cumplimiento de la conciliación que suscribieron el señor WJMA y la señora PCGA respecto al cuidado de la menor MMG en audiencia pública realizada el 3 de febrero de 2012 ante el Juzgado Tercero de Familia en Descongestión de Bogotá.

IV. LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, para los fines ahí contemplados.

IV. En acatamiento a las disposiciones del artículo 32 *ibídem*, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

La presente providencia fue discutida en la Sala de la fecha.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GERARDO ARENAS MONSALVE

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ