

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO DÉCIMO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación: Tutela 110013107010202300154 00
Accionante YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA
Apoderada: ELIZABETH LEMUS ROMERO
Accionadas: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
Asunto: ACCIÓN DE TUTELA 1ª INSTANCIA
Decisión: NIEGA

OBJETO

Emitir el pronunciamiento que en derecho corresponda, respecto de la acción de tutela incoada por la doctora **ELIZABETH LEMUS ROMERO**, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.030.586.706 expedida en Bogotá, y T.P., 260.691 del C.S. apoderada judicial de **YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA**, identificada con C.C. 1.067.592.629 expedida en Bogotá, en nombre propio y de su hija menor de edad S.M.T.M, con R.C. 1010849236 contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOGOTA – ICBF – CENTRO ZONAL BOSA, DEFENSORIA DE FAMILIA Y WILFRAND TRUJILLO AMBUILA**, por la presunta violación de su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, con calidad y ambiente sano, integridad física, tener una familia y no ser separada de su hija, amor, protección y cuidado personal, -Art. 11, 42,79 y 44 C.N.

HECHOS Y PRETENSIONES

Relata la apoderada del accionante que la señora de YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA tiene 19 años, cuando ella contaba con 15 años sostuvo una relación sentimental la que inició en 2019 con Wilfrand Trujillo Ambuila de 47 años, relación que culminó a por problemas de pareja finales de año 2022.

Producto de dicha relación, siendo menor de edad, a sus 17 años quedó embarazada en para el año 2021, donde nació el 16 de julio de 2020 la menor S.M.T.M.

Agrega, la relación culminó por problemas de pareja, durante el tiempo de convivencia, el lugar de residencia de Yoandriz Carolina, Wilfrand y la niña fue la Carrera 89ª Bis No. 80 – 19 Sur del Barrio San Bernardino de la Localidad de Bosa.

Añade, tras la ruptura de la relación, Yoandriz Carolina volvió a la casa de sus padres ubicada en la Carrera 82 F Bis No. 73 A 73 Sur, Barrio Islandia de la misma Localidad, junto con la menor S.M.T.M.

Destaca, durante los meses siguientes y hasta febrero de 2023, la madre convivió con la menor de lunes a viernes y los fines de semana compartía con su padre Wilfrand, conforme al acuerdo verbal al que llegaron; desde el 20 de octubre de 2021 y hasta el 29 de septiembre de 2022 la menor asistía al Jardín Público Infantil Aventuras Mágicas, una vez se separaron los padres, la madre Yoandriz Carolina traslada a la niña al Jardín Privado Mis Pequeños Leoncitos hasta cuando su padre de forma arbitraria se negó a devolver la menor al cuidado de su madre, como se indica.

Alude, el 24 de febrero de este año, Wilfrand recogió a la niña y debía regresarla el 27 de febrero, pero en ejercicio arbitrario de la custodia y como padre, privó sin ningún tipo de autorización o mediación judicial a Yoandriz Carolina de ver a su hija, situación por la que tuvo que acudir a varias entidades en la búsqueda de recuperar a la menor, entre ellas a la Fiscalía General de la Nación donde colocó la respectiva denuncia, además acudió a la Personería de Bogotá en la que solicitó una conciliación, a la que fueron citados ambos padres, pero el señor Wilfrand no asistió, esto es, el día 29 de marzo de 2023.

Señala, inmediatamente inició un proceso en la Defensoría de Familia, centro Zonal el 2 de mayo de 2023 se realizó la audiencia de conciliación , dirigida por el Defensor de Familia Sergio J. Ortiz E. del Centro Zonal Bosa – ICBF Regional Bogotá y hasta ese mes, pudo volver a ver la niña.

Aduce, en la audiencia no se llegó a ningún acuerdo entre los padres, por lo que, el Defensor de forma arbitraria y sin siquiera escuchar a Yoandriz Carolina, tomó la

decisión de darle la custodia provisional al padre hasta tanto se decidiera por un Juez de Familia la situación, con la única razón de que la niña debía continuar en el entorno de 'su casa'.

En dicha audiencia, además, se increpó al padre para que de forma regular la niña tuviera contacto por llamadas y visitas con su madre, por lo menos una vez a la semana y dos fines de semana al mes, situación que no se ha cumplido, pues, nuevamente en el ejercicio arbitrario de la custodia, el señor Wilfrand Trujillo Ambuila se niega a dejar que la niña hable regularmente con su madre y solamente le permite verla un fin de semana al mes.

Informa, lo más grave, es que la niña se puede observar es objeto de maltrato en la casa donde vive con su padre, pues como se puede observar en las fotos, la niña ha presentado en diferentes oportunidades: la cara inflamada, brotes y un ojo lastimado por dentro, y además de una herida en la parte interna de las piernas, cerca a su vagina, lo que evidencia el descuido del progenitor. Allega fotografías que dan cuenta de la situación descrita. .

Resalta, en la actualidad Wilfrand Trujillo Ambuila convive con su expareja Mary Neyi Ararat, con la menor S.M.T.M. de 3 años y con su otra hija, la menor Shaia Nicole Trujillo Ararat, menor última a quien se encontró en el Jardín Sanbernardino de la Localidad de Bosa "haciéndole sexo oral a otro menor" situación por la que "el ICBF determinó que esta situación fue producto de la negligencia de los padres" – señor Wilfrand y Mary Neyi- tal como lo expuso la madre accionante, en la Fiscalía.

Amén de lo anterior, cuando Yoandriz Carolina Martínez Arzuaga convivía con el señor Wilfrand Trujillo Ambuila, de forma personal, presencié otro acto sexual de la menor Shaia Nicole con otro menor, del que tuvo conocimiento Wilfrand Trujillo Ambuila, pues de forma oportuna le dio aviso.

Advera, además de la evidencia de maltrato y descuido que se evidencia hacía la menor S.M.T.M. de apenas 3 años en las fotografías, ésta, en la mayor parte del tiempo permanece al cuidado de la señora Mary Neyi y sin el cuidado de su padre, pues trabaja como taxista en horario diurno, y en convivencia continua con la menor Shaia Nicole, que presenta los problemas indicados de sexualidad temprana, con menos de 10 años.

Radicado n°: TUTELA 2023-00154
Accionante: YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA
Accionado: ICBF-CENTRO ZONAL BOSA y WILFRAND TRUJILLO AMBUILA
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

Esgrime, la menor S.M.T.M. de 3 años, se encuentra en un peligro inminente y estado de indefensión, que requiere la urgencia de la intervención del Juez Constitucional, situación por la cual se requiere se entregué la custodia provisional y de forma inmediata a su madre, hasta tanto el Juez de Familia decida de fondo el asunto.

Indica, remite copia de la radicación de la demanda de custodia radicada ante el Juzgado de Familia, no obstante, debido a la gravedad de los hechos que se exponen, y ante el peligro inminente en el que se encuentra la menor, no se puede esperar hasta que se resuelva de fondo el asunto, pues se reitera S.M.T.M. se encuentra en presencia de un riesgo inminente y estado de indefensión.

La señora Yoandriz Carolina Martínez Arzuaga ha luchado por su niña con el fin de que no le pase nada malo, ha activado todos los mecanismos judiciales, pero se continúan vulnerando los derechos de la menor; además, indica que cada vez que le entrega la menor a su padre, la niña llora y quiere quedarse con su mamá, pues según indica, le teme a su padre.

Recalca que de conformidad con la Carta Política los derechos de los niños, en este caso, los de la menor S.M.T.M. de 3 años, prevalecen sobre los de los demás (Art. 44, par. 3°, Superior), en armonía con la Sentencia T – 468 de 2018.

La señora Yoandriz Carolina Martínez Arzuaga, actualmente vive con sus padres, abuelos de la menor, con quien la niña estará segura y en un ambiente sano al cuidado de su madre.

DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

De acuerdo con el escrito de demanda la accionante, considera vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, con calidad y ambiente sano, integridad física, tener una familia y no ser separada de su hija, amor, protección y cuidado personal, -Art. 11, 42,79 y 44 C.N.

PRETENSIONES

La abogada de la parte actora en tutela deprecia del Juez constitucional, se ampare su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, con calidad y ambiente sano, integridad física, tener una familia y no ser separada de su hija, amor, protección y cuidado personal.

Así mismo deprecia, se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (Regional Bogotá – Centro Zonal Bosa) y Wilfrand Trujillo Ambuila que de forma inmediata y permanente, se proceda a fijar de manera provisional la custodia de la menor S.M.T.M., en cabeza de su madre Yoandriz Carolina Martínez Arzuaga, sin que el padre pueda llevársela del lugar de residencia de la madre, hasta tanto, el Juez de Familia resuelva sobre la custodia de la niña.

ACTUACIÓN PROCESAL

El 26 de septiembre de 2023, por reparto se recibió escrito de tutela elevado por la señora **YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA**, identificada con C.C. 1.067.592.629 expedida en Bogotá, en nombre propio y de su hija menor de edad S.M.T.M, con R.C. 1010849236, a través de apoderada, motivo por el cual en la misma fecha se avocó conocimiento de la acción constitucional y se ordenó correr traslado del escrito de tutela a la parte demandada INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF –REGIONAL BOGOTA- CENTRO ZONAL BOSA, DEFENSORIA DE FAMILIA CENTRO ZONAL BOSA Y WILFRAND TRUJILLO AMBUILA, para el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, librando los oficios respectivos.

También se dispuso negar la medida provisional invocada de fijar de manera provisional la custodia de la menor S.M.T.M., de 3 años en cabeza de su madre Yoandriz Carolina Martínez Arzuaga, la cual estimó el despacho resultaba apresurada decretar en ese momento por ser dicha decisión el objeto del fallo de tutela, máxime cuando se adelanta demanda de custodia radicada ante el Juzgado de Familia.

Respuesta de la entidad accionada

- **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF REGIONAL BOGOTA**

Se pronuncia a través de la doctora ALEIDA EVELIA OROZCO ORTEGA, actuando en calidad de Coordinadora Grupo Jurídico de la Regional Bogotá del ICBF, quien indica que por competencia legal los funcionarios responsables para dar respuesta a las acciones de tutela con relación a los Procesos de Restablecimiento de Derechos y Trámites de Actuaciones Extraprocesales, corresponde a los Defensores de Familia como autoridad administrativa, en ausencia de este último, las funciones asignadas al comisario de familia y en su ausencia le corresponderán al inspector de policía de conformidad con lo establecido en la Ley 1098 de 2006, artículos 96 y 98 , que delega específicamente en los Centros Zonales del ICBF la función de realizar el seguimiento de las medidas que adopten dichas autoridades en relación con los Procesos Administrativos de Restablecimiento de Derechos.

Así las cosas, corresponde al Defensor de Familia SERGIO JOSUE ORTIZ ESCOBAR, adscrito al Centro Zonal Bosa del ICBF Regional Bogotá, dar respuesta frente al cumplimiento de lo ordenado por el despacho, en el entendido que es función del Defensor de Familia, como Autoridad Administrativa, atender los requerimientos judiciales que provengan de Solicitudes de Restablecimiento de Derechos (SRD) o Trámites de Actuación Extraprocesal (TAE), en razón a su deber funcional legal.

Por lo anterior, solicita la desvinculación de la Directora de la Regional Bogotá del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

- **CENTRO ZONAL BOSA – ICBF**

Descorre el traslado el doctor SERGIO JOSUE ORTIZ ESCOBAR, Defensor de Familia Asuntos Extraprocesales Centro Zonal Bosa del ICBF-Regional Bogotá, quien resaltó los antecedentes que se adelantaron ante ese Centro Zonal respecto del trámite administrativo así:

1. Mediante Petición SIM 1763485309 del veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023), (...) Se comunica la señora Yoandriz Carolina Martinez Arzuaga en calidad de progenitora de S.M.T.M de 2 años de edad, quien solicita

audiencia de conciliación con el fin de determinar la custodia compartida de su hija.

2. Se procede a programar la respectiva Audiencia de Conciliación de Custodia, Alimentos y Régimen de Visitas a favor de la menor para el día dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023) en las instalaciones del Centro Zonal Bosa - ICBF Regional Bogotá.

3. El dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023) se lleva a cabo la Audiencia de Conciliación de Custodia, Alimentos y Régimen de Visitas a favor de la menor S.M.T.M. con la presencia de los progenitores.

4. La Audiencia de Conciliación referida fue declarada FRACASADA POR NO ACUERDO ENTRE LAS PARTES, ANTE LO CUAL EL DEFENSOR DE FAMILIA PROCEDIÓ A IMPONER LAS MEDIDAS PROVISIONALES, quedando las partes en libertad de acudir a la Jurisdicción de Familia donde se resolverá de fondo la controversia, haciendo la transcripción del acta de la diligencia adelantada.

De dicha transcripción se resalta un aparte relevante en lo relacionado con la fijación de la custodia de la menor así:

“...Defensor de Familia fija la custodia provisional de la menor S.M.T.M será en cabeza del progenitor, señor WILFRAND TRUJILLO AMBUILA, hasta tanto la Jurisdicción de Familia defina de fondo la controversia. Se hace necesario recordar a los señores YOANDRIZ CAROLINA MARTÍNEZ ARZUAGA y WILFRAND TRUJILLO AMBUILA el deber legal que tienen de denunciar ante las autoridades administrativa, policiva y/o judicial, cualquier hecho punible que atente contra los derechos fundamentales de la menor S.M.T.M ...”

5. Declarada fracasada la audiencia con la consiguiente imposición de obligaciones, se procedió al cierre de la solicitud, dando por agotado el requisito de procedibilidad y previa explicación a las partes del procedimiento a seguir.

Respecto del agotamiento del requisito de procedibilidad, tanto a la señora YOANDRIZ CAROLINA MARTÍNEZ ARZUAGA, como al señor WILFRAND TRUJILLO AMBUILA se les informó en Audiencia de Conciliación del dos (02) de mayo de dos mil veintitrés (2023), acerca de las consecuencias de no llegar a

acuerdo conciliatorio total o parcial como es la imposición de medidas provisionales de obligatorio cumplimiento, dándose por agotado el requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción de Familia donde se resolverá de fondo la controversia, lo cual se sustenta en el artículo 35 de la ley 640 de 2001.

Seguidamente respecto de la medida provisional que decretó el Juzgado, el defensor de familia del CENTRO ZONAL BOSA del ICBF, informo que el día 28 de septiembre de 2023 profirió Auto de Trámite en el cual se ordenó la verificación de la garantía de derechos de la menor S.M.T.M.

Así mismo, el 29 de septiembre de 2023 la menor S.M.T.M. fue remitida de urgencia por la Defensoría de Familia al Hospital de Bosa por presunto Código Blanco, solicitando que inmediatamente se de orden de ingreso, aquella sea dejada a disposición del Centro Zonal Bosa a fin de realizar las respectivas verificaciones ordenadas en Acto Administrativo mencionado, en el que se ordenó entre otras actividades, realizar valoración inicial psicológica y emocional, valoración inicial de nutrición y revisión del esquema de vacunación, valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos, verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento, verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social, verificación a la vinculación al sistema educativo, y finalmente realizar informes de las anteriores actuaciones, toda vez que se incorporarán como prueba para definir el trámite a seguir.

Finalmente, solicitó al despacho extienda el plazo de remisión del informe de valoraciones.

- **CONTESTACION JUZGADO 27 DE FAMILIA**

Mediante correo electrónico remito copia del link del expediente digital para su respectiva consulta, el cual consta de la demanda de cuidado y custodia personal de la menor S.M.T.M., la cual fue incoada por la accionante a través de apoderada, con el poder y los respectivos anexos, autoridad judicial que indica que la actuación se encuentra al Despacho por reparto para su calificación.

- **CONTESTACION WILFRAND TRUJILLO AMBUILA**

Indica que la tutela es otro intento desesperado de la accionante a para obtener la custodia si tener capacidad ni argumentos bien fundamentados. La niña con él vive en condiciones inmejorables de salud, de aseo, de vida, recreación, educación e independencia en su formación.

Resalta, las fotos que aporta la accionante en la demanda son fotos de hace un año, por cuanto las fotografías que él adjunta a su contestación, son recientes de este año y meses cercanos en las cuales se puede evidenciar que desde el día cero la bebé ha sido inseparable de su hermana y de su papá, y que con él, la menor esta mejor que con su mamá.

• RESPUESTA FISCALIA

La señora Fiscal 153 Seccional, doctora ANA LEONOR ALFONSO PEREZ, indicó que consultado el sistema SPOA, se verifica número de noticia criminal 110016099069202318163, asignada el 01 de marzo de 2023, por el delito de EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR DE EDAD ART. 230A C.P. AD. LEY 890/2004 ART.7

Frente a lo expuesto por la denunciante esa delegada emitió ORDEN DE ARCHIVO PROVISIONAL, en fecha del 15 de marzo 2023, bajo la causal de “Archivo por conducta atípica art.79 c.p.p”

Advera, a la fecha no obra por ningún canal electrónico solicitud petición, desarchivo alguno por parte de la allí accionante, y/o apoderada, representante legal de víctima, la menor hija S. M. T. M.

ACERVO PROBATORIO

- Demanda presentada por la doctora ELIZABETH LEMUS ROMERO, en calidad de apoderada de Yoandriz Carolina Martinez Arzuaga (En 9 folios).
- Copias de las cédulas de los padres.
- Registro civil de nacimiento de la Menor S.M.T.M. de 3 años.
- Denuncia presentada a la Fiscalía el 1º de marzo de 2023 por ejercicio arbitrario de la custodia.
- Certificación de los Jardines Mis Pequeños Leoncitos y Jardín Infantil Aventuras Mágicas.

- Constancia de inasistencia a la conciliación a la que se convocó a Wilfrand Trujillo Ambuila.
- Audiencia de conciliación fracasada donde se otorgó la custodia de la niña al padre celebrada por el Defensor de Familia Sergio J. Ortiz E. Centro Zonal Bosa.
- Fotografías de la menor con su madre, cuando se encontraba bajo su cuidado.
- Fotografías de la niña cuando asistía al Jardín estando bajo el cuidado de su madre.
- Fotografías de la menor con su madre compartiendo momento de recreación.
- Fotografías del Hogar actual de la madre, en la que debería vivir la menor S.M.T.M., junto a sus abuelos.
- Fotografías en las que la madre llevó a su hija a citas médicas.
- Certificado médico de cuando la niña estaba bajo el cuidado de su mamá.
- Fotografías de cómo es entregada la niña al padre.
- Fotografías de cómo es entregada la niña a la mamá y que evidencian la vulneración de sus derechos.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

COMPETENCIA

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, en armonía con los Decretos 2591 de 1.991, 1382 de 2.000 y 333 de 2021 artículo 1 numeral 2, este despacho es competente para conocer la demanda de tutela interpuesta en contra de la **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOGOTA – ICBF – CENTRO ZONAL BOSA, DEFENSORIA DE FAMILIA y WILFRAND TRUJILLO AMBUILA**, pues se trata de una entidad desconcentrada, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, creado por la Ley 75 de 1968 y reorganizado conforme a lo dispuesto por la Ley 7 de 1979 y su Decreto Reglamentario No. 2388 de 1979, que mediante Decreto No. 4156 de 2011 fue adscrito al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social; entidad que tiene a cargo trabajar por la prevención y protección integral de la primera infancia, infancia y adolescencia, el fortalecimiento de los jóvenes y las familias en Colombia, brindando atención especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, inobservancia o vulneración de sus derechos.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Legitimación por activa.

Recae sobre la accionante YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA en representación de su menor hija S.M.T.M., quien es titular de su derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, con calidad y ambiente sano, integridad física, tener una familia y no ser separada de su hija, amor, protección y cuidado personal, invocados como conculcados.

Legitimación por pasiva

Los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, prevén que la acción de tutela se puede promover contra autoridades y contra particulares respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión. De esta forma, este requisito se encuentra acreditado puesto que la solicitud de tutela se dirige contra la **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOGOTA – ICBF – CENTRO ZONAL BOSA, DEFENSORIA DE FAMILIA**, que está legitimados en la causa por pasiva de conformidad con el numeral 8 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Esta acción, es un medio con el que cuenta todo individuo sin distingo alguno y puede ser promovida por sí mismo o por interpuesta persona y, sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Requisito de inmediatez.

Al respecto, se ha precisado que la protección de los derechos fundamentales, vía acción constitucional, debe invocarse en un plazo razonable y oportuno contado entre la ocurrencia del hecho generador de la transgresión y la interposición del amparo. Lo anterior, en procura del principio de seguridad jurídica y de la preservación de la naturaleza propia de la acción de tutela.

Conforme lo expuesto, en este caso, el requisito de inmediatez se encuentra cumplido dado que la actora en tutela expuso ante el juez constitucional el hecho o

la conducta que encontró era causa de la vulneración de derechos fundamentales en busca de su protección constitucional dentro de un término prudente y razonable, veamos porque, el ICBF concedido la custodia de su menor hija S.M.T.M., al progenitor **WILFRAND TRUJILLO AMBUILA**, el 2 de mayo de 2023, mediante proceso administrativo, pasado algo más de 4 meses, pone de presente la urgencia manifiesta por considerar que la menor se encuentra en un estado de peligro inminente por presuntos maltratos por parte de su padre , lo cual considera urgente la intervención del juez constitucional.

Requisito de subsidiariedad.

El artículo 86 de la Carta establece de manera clara que:

*“(...) Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, **la protección inmediata** de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.*

(...)

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...).”

Al respecto, a través de la jurisprudencia constitucional se ha advertido, de existir otro medio de defensa judicial, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto con el fin de determinar la idoneidad y eficacia del referido medio para lograr la protección pretendida en el contexto en el que se encuentra el sujeto activo de la acción.

Así, en los eventos en que el amparo proceda como mecanismo definitivo, ha precisado que la ineficacia y falta de idoneidad de los medios ordinarios de defensa con que cuente el accionante deben ser estudiados atendiendo el contexto del caso y las especiales condiciones del afectado, pues solo así, será posible determinar si tales mecanismos ofrecen una solución integral desde una dimensión constitucional y no meramente formal.

En palabras de la Corte *“(...) el medio de defensa ordinario debe estar llamado a proteger el derecho fundamental conculcado y, además, a hacerlo de manera oportuna, toda vez que, como ya ha sido señalado por esta Corporación, el Juez de tutela, al interpretar constitucionalmente asuntos laborales, no persigue la solución de un conflicto o diferencia entre el trabajador y el empresario*

*para hallar la solución correcta, sino pretende, la definición de campos de posibilidades para resolver controversias entre derechos o principios fundamentales (...)*¹.

Por eso, en el evento en que la acción constitucional proceda como mecanismo transitorio, se requiere la configuración de un perjuicio irremediable, el cual, jurisprudencialmente se ha reiterado, debe ser *inminente* y *grave*, de allí que, las medidas para evitar su consumación obedezcan a los criterios de urgencia e impostergabilidad². Sobre esa base, ha agregado la Corte que: “(...) (ii) el estado de salud del solicitante y su familia; y (iii) las condiciones económicas del peticionario del amparo (...)” constituyen criterios orientadores al momento de determinar la existencia o no de un perjuicio irremediable³. En este último escenario, la decisión de amparo constitucional tiene un alcance transitorio, en el sentido de que solo se mantiene vigente mientras la autoridad judicial competente decide de fondo sobre la acción ordinaria instaurada por el afectado.

Problema jurídico:

Con base en lo anterior, corresponde al despacho dar solución al siguiente problema jurídico:

1. Determinar si por esta vía constitucional procede ordenar de manera provisional la custodia de la menor S.M.T.M., en cabeza de su progenitora **YOANDRIZ CAROLINA MARTÍNEZ ARZUAGA**, hasta tanto la Jurisdicción de Familia defina de fondo la controversia.

Para la resolución de dichos asuntos se analizarán los siguientes tópicos: **i)** el derecho fundamental a la vida, principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de la custodia y cuidado personal **ii)** El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional **iii)** aplicación al caso concreto

DEBERES DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

¹ Sentencia T- 064 de 2016 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

² Respecto de la urgencia precisó la Corte desde sus inicios que: “(...) *hay que instar o precisar (...) su pronta ejecución o remedio*”. Las medidas urgentes deben adecuarse a la inminencia del perjuicio y a las circunstancias particulares del caso. Y en cuanto a la impostergabilidad ha referido que “las medidas de protección (...) *deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable*”. Sentencias T-225 de 1993, T-107 de 2017, T- 064 de 2017, entre otras.

³ Sentencia T- 064 de 2017 (M.P Luis Guillermo Guerrero Pérez).

“...12.1 En línea con el aparte anterior, los jueces y los funcionarios administrativos tienen la obligación de concretar las disposiciones del ordenamiento en las particularidades específicas que presenta el caso de cada menor con el fin de salvaguardar su bienestar, lo cual exige una especial diligencia y cuidado cuando se adopten decisiones que pueden afectar gravemente su vida o crecimiento. En tales escenarios, deben actuar bajo los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, y adoptar las medidas que mejor materialicen los derechos del menor, conforme a sus circunstancias particulares⁴...”⁵

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL EJERCICIO DE LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Sobre la protección de este principio rector ha decantado en reiteración de Jurisprudencia la Corte Constitucional:

“...El 20 de noviembre de 1959, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Allí se estableció que “[e]l niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad”. También se consagró que “[a] promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. De igual modo, el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶ dispuso que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

1. *En concordancia con esta obligación, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, a través de la Observación General No. 14 “sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, explicó que este es un concepto triple. En primer lugar, indicó que es un **derecho sustantivo** del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al ponderar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte. En segundo lugar, mencionó que es un **principio jurídico interpretativo fundamental**, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. En tercer lugar, es una **norma de procedimiento**, pues siempre que se deba tomar una decisión que afecte al menor se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la misma⁷.*

2. *En la Observación General No. 14, el Comité también indicó que el contenido del principio del interés superior de los niños y niñas debe determinarse caso por caso⁸. En este sentido, explicó que la evaluación de este interés es una actividad singular donde se deben tener en cuenta las circunstancias concretas de cada menor (edad, sexo, grado de*

⁴ Sentencia T-351 de 2021.

⁵ Sentencia T-062 de 2022

⁶ Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. De igual modo, el Congreso de la República, a través de la Ley 12 de 1991, aprobó esta convención.

⁷ Es de aclarar que este tipo de Observaciones no son parte integrante del bloque de constitucionalidad, razón por la cual se citan como referentes doctrinales que ilustran la labor del juez constitucional en este caso particular.

⁸ Al respecto, sostuvo: “Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto”. Capítulo IV. Análisis jurídico y relación con los principios generales de la Convención.

*madurez, experiencia, pertenencia a un grupo minoritario, existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual, y el contexto social y cultural)*⁹.

3. *Ahora bien, en lo que respecta a las normas que en el plano nacional regulan el principio del interés superior de los niños y niñas, el artículo 44 de la Constitución establece que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger a los menores de edad para garantizar su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos. Este artículo también consagra que los derechos de los menores prevalecen sobre los derechos de los demás.*

4. *En materia legal, el artículo 8º del Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁰ señala que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes se entiende como “el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. De igual modo, el artículo 9º de esa legislación contempla que “[e]n todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona”.*

5. *Por su parte, a través de sus decisiones esta Corporación ha señalado que el principio del interés superior de los menores supone el compromiso de reconocer a su favor “un trato preferente de parte de la familia, la sociedad y el Estado, procurando que se garantice siempre su desarrollo armónico e integral”¹¹. Sumado a ello, mediante la sentencia T-510 de 2003¹², la Corte explicó lo siguiente:*

“El interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional,¹³ solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal”.

6. *En esa providencia también se aclaró que aun cuando el interés superior del niño solo puede ser evaluado según las circunstancias propias de cada caso, esa regla no excluye la existencia de ciertos parámetros generales que pueden ser adoptados como criterios orientadores en el análisis de los casos individuales. Sobre estos parámetros generales explicó que se deben tener en cuenta (i) **las consideraciones fácticas**, que hacen referencia a las condiciones específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados; y (ii) **las consideraciones jurídicas**, esto es, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil. Dentro de estos últimos, resaltó como relevantes¹⁴: (a) **garantía del desarrollo integral del menor**¹⁵; (b) **garantía de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor**¹⁶; (c) **protección del menor frente a riesgos***

⁹ Capítulo V. La evaluación y determinación del interés superior del niño. Consideración número 48.

¹⁰ Ley 1098 de 2006.

¹¹ Sentencia T-741 de 2017. Cfr. Sentencias C-177 de 2014, C-840 de 2010, C-468 de 2009, C-738 de 2008, T-551 de 2006, T-864 de 2005, T-796 de 2004, T-510 de 2003, T-979 de 2001, T-715 de 1999, T-587 de 1998, T-041 de 1996, T-412 de 1995, T-442 de 1994 y C-019 de 1993, entre otras.

¹² Reiterada en las sentencias C-262 de 2016, T-741 de 2017, T-663 de 2017, T-512 de 2017, T-768 de 2015 y T-955 de 2013, entre otras.

¹³ Sentencia T-408 de 1995.

¹⁴ Criterios jurídicos para determinar el interés superior del menor. Consideración número 3.1 de la sentencia. Reiterado en las sentencias C-683 de 2015 y C-262 de 2016, entre otras.

¹⁵ Es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad.

¹⁶ Estos derechos, cuyo catálogo es amplio y se debe interpretar de conformidad con las disposiciones de los tratados e instrumentos de derecho internacional público que vinculan a Colombia, incluyen aquellos que expresamente enumera el artículo 44 Superior: 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. Sin embargo, no se agotan en estos.

prohibidos¹⁷; (iv) equilibrio con los derechos de los padres¹⁸; (d) provisión de un ambiente familiar apto para el desarrollo del menor¹⁹; y (e) necesidad de razones poderosas que justifiquen la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno - filiales.

7. De igual modo, esta Corte ha precisado cuáles son las obligaciones a cargo de las autoridades judiciales involucradas en procesos en los que se discute el cuidado y la protección de niñas, niños y adolescentes²⁰. En este sentido, esta Corporación ha destacado que (i) es importante que se contrasten sus “circunstancias individuales, únicas e irrepetibles” con los criterios generales que, según el ordenamiento jurídico, promueven el bienestar infantil²¹; (ii) los operadores jurídicos cuentan con un margen de discrecionalidad para establecer las medidas más idóneas para satisfacer el interés prevalente de un menor en determinado proceso²²; (iii) las decisiones judiciales deben adecuarse al material probatorio recaudado, considerando las valoraciones de los profesionales y aplicando los conocimientos técnicos y científicos del caso, para garantizar que lo que se decida sea lo más conveniente para el menor²³; (iv) tal requisito de conveniencia se entiende vinculado a la verificación de los criterios jurídicos relevantes reconocidos por la jurisprudencia²⁴; (v) los funcionarios judiciales deben ser especialmente diligentes y cuidadosos, lo cual implica que no pueden adoptar decisiones y actuaciones que trastornen, afecten o pongan en peligro sus derechos, dado el impacto que las mismas pueden tener sobre su desarrollo, sobre todo si se trata de niños de temprana edad²⁵; y (vi) las decisiones susceptibles de afectar a un menor de edad deben ajustarse a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad²⁶.

8. Ahora bien, en lo que respecta a la custodia y al cuidado personal²⁷ de las niñas, niños y adolescentes, esta Corporación ha señalado que por regla general recae en ambos padres²⁸. Sin embargo, también ha aclarado que excepcionalmente el cuidado puede encontrarse a cargo tan solo de uno o de terceras personas, cuando ambos presenten algún tipo de inhabilidad física o moral²⁹. En cualquiera de estos dos últimos dos escenarios, ha dicho la Corte, lo importante es rodear a las niñas, niños y adolescentes de las mejores condiciones para que su crecimiento, desarrollo y crianza sean armónicos e integrales³⁰. Es por ello que en los procesos de custodia, cuidado personal y visitas el interés superior de los menores de edad “debe ser el faro iluminador

¹⁷ Se debe resguardar a los niños de todo tipo de abusos y arbitrariedades, y se les debe proteger frente a condiciones extremas que amenacen su desarrollo armónico, tales como el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas.

¹⁸ Es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor. Así, no es posible trazar una norma abstracta sobre la forma en que se deben armonizar tales derechos, ni sobre la manera en que se han de resolver conflictos concretos entre los intereses de los padres y los del menor -tal solución se debe buscar en atención a las circunstancias del caso-.

¹⁹ Para efectos de garantizar el desarrollo integral y armónico del menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 44 Superior, se le debe proveer una familia en la cual los padres o acudientes cumplan con los deberes derivados de su posición, y así le permitan desenvolverse adecuadamente en un ambiente de cariño, comprensión y protección.

²⁰ Cfr. Sentencias T-033 de 2020 y T-261 de 2013.

²¹ Tal tarea exige identificar las especificidades fácticas del medio en el que se desenvuelve el menor y las actuaciones que, en ese contexto, se esperan de su familia, de la sociedad y del Estado para asegurar su integridad. Sentencia T-510 de 2003. Reiterada en las sentencias T-261 de 2013 y T-033 de 2020.

²² Tal discrecionalidad, en todo caso, tiene como límite los deberes constitucionales y legales de estas autoridades en relación con la preservación del bienestar de los menores que requieren su protección. Sentencia T-302 de 2008. Reiterada en la sentencia T-261 de 2013.

²³ Sentencia T-397 de 2004. Reiterada en la sentencia T-261 de 2013.

²⁴ Esto, dentro del ámbito de la discrecionalidad reconocida a las autoridades judiciales, siempre que su decisión se encuentre debidamente sustentada en las circunstancias fácticas probadas en el proceso. Sentencia T-261 de 2013.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Teniendo en cuenta “(i) la existencia de una lógica de ponderación entre cada una de ellas [las medidas de protección a adoptar]; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente” (*ibidem*).

²⁷ La Sala Octava de Revisión, a través de la sentencia T-033 de 2020, explicó que la custodia y el cuidado personal implica: “i) la facultad de vigilar su conducta, corregirlos y sancionarlos moderadamente excluyendo de la reprensión cualquier clase de violencia física o moral; ii) la dirección de la educación de los hijos y su formación moral e intelectual, según estimen más conveniente para estos; y, iii) el deber de colaborar conjuntamente en la crianza, el sustento y el establecimiento de los hijos menores e impedidos”.

²⁸ Según el artículo 253 del Código Civil, “toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.

²⁹ Código Civil, artículo 254: “Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. || En la elección de estas personas se preferirá a los consanguíneos más próximos, y sobre todo a los ascendientes legítimos”.

³⁰ Cfr. Sentencia T-384 de 2018.

*al momento de evaluar los temas relacionados con la custodia y el cuidado personal que los padres ejercen respecto de los hijos*³¹.

En suma, es posible concluir que el interés superior de las niñas, niños y adolescentes tiene un amplio reconocimiento en instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, así como en el ordenamiento jurídico interno, y que en ellos se ha calificado como una protección especial de la que gozan los menores de edad con la finalidad de que se garantice su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. De igual modo, es necesario considerar que si bien existen parámetros generales que se derivan de este interés superior, esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada menor. De igual modo, en el marco de los procesos de custodia, cuidado personal y visitas, las autoridades administrativas y judiciales están obligadas a aplicar este principio como fundamento de cualquier decisión que adopten y que pueda afectar a las niñas, niños y adolescentes involucrados en el caso, en la medida que de ello dependerá su crecimiento, desarrollo y crianza en condiciones adecuadas, armónicas e integrales...

Así mismo la corte constitucional respecto a la custodia y cuidado personal de los hijos se ha referido en reciente sentencia T 028 del 15 de febrero de 2023, M.P., JOSE FERNANDO REYES CUARTAS, y al respecto ha indicado

“...El ejercicio de la custodia y el cuidado personal de los hijos desde un enfoque constitucional

*59. Esta corporación ha señalado que a partir de la progenitura responsable se garantiza el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que se hace efectivo su interés superior y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella*³².

*60. La custodia es el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes que en virtud de lo señalado por la Corte “se traduce en el oficio o función mediante la cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente”*³³. En la Sentencia T-384 de 2018, la Corte reiteró algunas reglas indicativas aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su custodia y cuidado personal:

*“(i) para otorgar la custodia y el cuidado del menor no se puede operar de manera automática y mecánica, sino que se debe valorar objetivamente la respectiva situación para confiar ese deber a quienes estén en condiciones de proporcionar las seguridades de bienestar y desarrollo integral del niño, niña y adolescente; (ii) en cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones favorables en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; (iii) la opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión. El niño, niña y adolescente no puede ser coaccionado a vivir en un medio familiar que le es inconveniente; y, (iv) las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que les asiste a tener una familia y no ser separados de ella”*³⁴.

³¹ Ibidem.

³² Sentencia T-384 de 2018.

³³ Sentencia T-351 de 2018. Reiterada en la Sentencia T-042 de 2020

³⁴ La Corte reiteró estas reglas de la Sentencia T-442 de 1994.

61. *Conforme al artículo 253 del Código Civil³⁵ y 23 del Código de Infancia y Adolescencia, la custodia de los niños, en principio les corresponde a los padres³⁶, y se extiende a las demás personas que convivan con ellos. No obstante, el artículo 254 del Código Civil señala que en caso de inhabilidad física o moral de ambos padres se puede confiar el cuidado personal de los hijos a otras personas, en virtud de la prevalencia de sus derechos.*

62. *De otro lado, la custodia puede ser acordada a través de conciliación judicial o extrajudicial, o decidida en el trámite de un proceso administrativo de restablecimientos de derechos, o en única instancia en un juzgado de familia³⁷. El proceso administrativo de restablecimiento de derecho en principio le corresponde al defensor de familia³⁸; no obstante, el comisario de familia también puede definirla provisionalmente en los casos de violencia intrafamiliar³⁹ y cuando en el municipio no hubiere defensor de familia⁴⁰. En cuanto al trámite judicial, se realiza la solicitud ante un juez de familia, a través de un proceso verbal sumario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 390 (3) del Código General del Proceso⁴¹.*

63. *En este orden de ideas, cuando la custodia es entregada a una persona distinta a los padres, es deber de quien la asume proporcionarle al menor todas las garantías necesarias para su desarrollo y crecimiento integral. La decisión que deba adoptar la autoridad administrativa o el juez de familia competente sobre la custodia y cuidado personal del niño se debe fundar en el interés superior del niño, “por lo cual, son estos los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor”⁴²...*

CASO CONCRETO

La apoderada del accionante a través de la presente acción constitucional depreca el amparo los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, con calidad y ambiente sano, integridad física, tener una familia y no ser separada de su hija menor S.M.T.M. y como consecuencia se ordene al Instituto Colombiano de

³⁵ “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”.

³⁶ En forma permanente y solidaria.

³⁷ Numeral 3º, artículo 21 del Código General del Proceso. La decisión que tome el juez de familia no hace tránsito a cosa juzgada, por lo tanto, puede modificarse la custodia cuando varíen las circunstancias que dieron lugar a la determinación tomada.

³⁸ El artículo 82 del Código de la Infancia y de la Adolescencia indica que son funciones del Defensor de Familia, entre otras las de: “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 restablecimientos establecidas en la presente ley para detener la violación o amenaza de los derechos de los niños, las niñas o a los adolescentes”.

³⁹ Art. 13, Ley 2126 de 2021: “Le corresponde al comisario o comisaria de familia: (...) 10. Definir provisionalmente sobre la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas, la suspensión de la vida en común de los cónyuges o compañeros permanentes y fijar las cauciones de comportamiento conyugal, en las situaciones de violencia señaladas en el numeral 4o del artículo 5o de esta ley”.

⁴⁰ Artículo 98 del Código de la Infancia y la Adolescencia.

⁴¹ Sentencia C-569 de 2016

⁴² Ibidem.

Bienestar Familiar (Regional Bogotá – Centro Zonal Bosa) y al padre de la menor Wilfrand Trujillo Ambuila que de forma inmediata y permanente, se proceda a fijar de manera provisional la custodia de la menor S.M.T.M., en cabeza de su madre **Yoandriz Carolina Martínez Arzuaga**, sin que el padre pueda llevársela del lugar de residencia de la madre, hasta tanto, el Juez de Familia resuelva sobre la custodia de la niña.

En efecto, se tiene que, mediante procedimiento administrativo, el 2 de mayo de 2023 se adelantó Audiencia de Conciliación de Custodia, Alimentos y Régimen de Visitas a favor de la menor S.M.T.M. con la presencia de los progenitores, la cual fracasó por no acuerdo entre las partes, ante lo cual el defensor de familia procedió a imponer las medidas provisionales, quedando las partes en libertad de acudir a la Jurisdicción de Familia donde se resolverá de fondo la controversia.

En dicha diligencia se fijó la custodia provisional de la menor S.M.T.M. en cabeza del progenitor, señor WILFRAND TRUJILLO AMBUILA, la cual hasta la fecha la ostenta.

Así mismo en aras de verificar y atendiendo que la accionante en la demanda de tutela puso de presente y advirtió que la menor S.M.T.M., se encuentra en un peligro inminente y estado de indefensión, por presuntos maltratos, por lo que allegó fotografías de que dan cuenta de maltratos en su humanidad, se hizo necesaria la intervención de esta Juez Constitucional, ordenándose de manera oficiosa la adopción de medidas urgentes de restablecimiento de derechos de la menor de edad, procediéndose a decretar mientras se decide la presente acción constitucional, como Medida Provisional:

a) Ordenar de manera inmediata al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF –REGIONAL BOGOTA- CENTRO ZONAL BOSA, DEFENSORIA DE FAMILIA CENTRO ZONAL BOSA y al doctor SERGIO J. ORTIZ E, DEFENSOR DE FAMILIA ASUNTOS EXTRAPROCESALES CENTRO ZONAL BOSA DEL ICBF REGIONAL BOGOTÁ, bajo la conformación de un equipo interdisciplinario y la correspondiente valoración de su estado de salud y psicológica adopte las medidas necesarias, y urgentes a efectos de lograr el restablecimiento de derechos de los menores de edad, conforme lo establece , el artículo 52 del Código de la Infancia y Adolescencia y se adelanten los trámites respectivos ante las autoridades

pertinentes; debiendo allegar informe dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de dicha decisión.

Pues bien, de las respuestas ofrecida por DEFENSOR DE FAMILIA CENTRO ZONAL BOSA, se corrobora que efectivamente el día 28 de septiembre de 2023 emitió auto de trámite en el que ordenó la verificación de la garantía de derechos de la menor S.M.T.M.

Así mismo, el 29 de septiembre de 2023 la menor S.M.T.M. fue remitida de urgencia por la Defensoría de Familia al Hospital de Bosa por presunto Código Blanco, solicitando que inmediatamente se de orden de ingreso, a efectos que la menor sea dejada a disposición del Centro Zonal Bosa a fin de realizar las respectivas verificaciones ordenadas entre otras actividades, realizar valoración inicial psicológica y emocional, valoración inicial de nutrición y revisión del esquema de vacunación, valoración inicial del entorno familiar, redes vinculares e identificación de elementos protectores y de riesgo para la garantía de los derechos, verificación de la inscripción en el registro civil de nacimiento, verificación de la vinculación al sistema de salud y seguridad social, verificación a la vinculación al sistema educativo, y finalmente realizar los respectivos informes las anteriores actuaciones, y así definir el trámite a seguir.

Por lo anterior, si bien es cierto el defensor de familia solicitó al despacho extienda el plazo de remisión del informe de valoraciones, también es verdad que al momento de proferir la presente decisión no allego el informe correspondiente, pese a habersele informado sobre el plazo que tenía este despacho para proferir el fallo, sin embargo, la apoderada de la accionante mediante correo electrónico del 6 de octubre hogaño, puso en conocimiento del Despacho, que la menor S.M.T.M., una vez se realizaron los exámenes correspondientes derivados de la medida provisional decretada la menor se entregó nuevamente al padre de niña, por orden de la DEFENSORÍA DE FAMILIA CENTRO ZONAL BOSA, según información que le dio a conocer la Madre de la menor S.M.T.M.

Como se observa, el ICBF después de dar cumplimiento a la orden de la medida provisional decretada por este despacho, para que adoptara las medidas necesarias, y urgentes a efectos de lograr el restablecimiento de derechos de la menor de edad conforme al artículo 52 del Código de la Infancia y Adolescencia,

regresó a la niña con su padre quien tiene asignada la custodia provisional, mediante procedimiento de carácter administrativo.

Lo cual indica, que el defensor de familia no observo situación grave e inminente respecto de la situación de salud como físicas para impedir el retorno de la menor a su hogar, por lo que no se vislumbra vulneración alguna frente a los derechos de la menor S.M.T.M., pues los mismos fueron garantizados y verificados a través de las valoraciones médicas y demás ordenadas por el defensor de familia en cumplimiento a la orden emitida por este despacho.

De ahí que el juzgado considere, que no existe evidencia de un perjuicio irremediable, el cual, jurisprudencialmente se ha reiterado, debe ser inminente y grave, que amerite para evitar su consumación criterios de urgencia e impostergabilidad, pues el defensor de familia como ya se dijo , impartió las órdenes garantizar y restablecer los derechos de la menor, de modo que en caso de llegar a encontrar afecciones tanto a la vida como integridad física de la menor, es él quien debe tomar las medidas pertinentes a efectos de garantizar y resarcir los derechos fundamentales de la menor.

Con lo cual evidencia esta funcionaria, que se garantizó por esa autoridad administrativa los derechos de la menor, pues ha adoptado decisiones para salvaguardar su salud física y emocional, por tanto encontrándose en curso esa actuación, le está vedado al Juez Constitucional invadir la órbita de competencia de las autoridades administrativas, pues de llegarse a evidenciar alguna situación de riesgo de la menor al lado de su progenitor, el DEFENSOR DE FAMILIA de considerarlo pertinente, puede ordenar medidas de protección, así como las medidas de restablecimiento de derechos señaladas en la Ley 1098 de 2006.

Aunado a lo anterior, también el padre de la menor señaló que, él está brindando el cuidado, protección, seguridad y amor a su hija, por lo que aportó algunas fotografías que dan cuenta del bienestar que goza la menor.

Con claridad se advierte, que además del trámite administrativo, el cual ya fue agotado por parte de los progenitores de la menor, también existe un medio judicial ordinario ante la Jurisdicción de Familia, a través del cual se puede resolver de fondo la controversia sobre la custodia de la menor, tal como se les informó por el defensor

de familia cuando les advirtió que quedaba agotado el requisito de procedibilidad para acudir a la Jurisdicción de Familia.

De modo que, en este evento estima esta juez constitucional, que la pretensión invocada a través de esta acción de amparo tutelar, respecto de otorgar la custodia provisional de su menor hija al accionante, resulta improcedente por no cumplir el requisito de subsidiaridad ante la existencia de otro medio de defensa judicial, eficaz e idóneo para que la demandante accione.

Pues como en el presente caso se advierte, la actora de tutela, previo a accionar ante el Juez de familia, acudió en primer término a la vía constitucional, a efectos de obtener de manera provisional la custodia de la menor S.M.T.M., y luego de interponer la demanda de tutela, procedió a presentar la demanda de cuidado y custodia personal de la menor S.M.T.M., la cual fue incoada el 26 de septiembre de 2023, calenda en que este despacho avocó conocimiento del presente trámite.

Así se evidencia en la respuesta que ofreció la oficina de reparto de la Jurisdicción de Familia, cuando informo:

“...me permito informar que el 26 de septiembre de 2023, se recibió a través de demanda en línea solicitud 741584, para que se someta a reparto entre los juzgados de Familia de Bogotá. Por lo anterior, se procedió a realizar reparto aleatorio, siendo asignada la solicitud al Juzgado 27 de Familia de Bogotá, con secuencia de acta de reparto 22448, las diligencias se remiten al Despacho de conocimiento...”

Lo anterior permite concluir que se encuentra en trámite ante la jurisdicción ordinaria especialidad de familia, la pretensión respecto de la custodia de la menor S.M.T.M, por lo tanto, la actora en tutela cuenta con otro medio de defensa judicial, escenario donde debe hacer valer los derechos que está reclamando esta vía constitucional, por lo que deviene la improcedencia de la presente acción en virtud del principio de subsidiaridad como así lo ha decantado la reiterada jurisprudencia constitucional en el análisis de los requisitos generales de la procedencia de la acción de tutela así:

“...77. Subsidiariedad. Agotamiento de los recursos ordinarios y extraordinarios de defensa. El artículo 86 de la Constitución establece que la tutela constituye un mecanismo de protección de derechos de carácter residual y subsidiario, es decir, únicamente será

procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, cuando existiendo dicho medio este no resulte idóneo ni eficaz atendiendo a las circunstancias del accionante, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable⁴³...”

Es así que el Juzgado 27 de Familia de esta ciudad informó que obra demanda de cuidado y custodia personal de la menor S.M.T.M., la cual fue incoada por la accionante a través de apoderada, con el poder y los respectivos anexos, autoridad judicial que indica que la actuación se encuentra al Despacho por reparto para su calificación.

Con fundamento en todo lo anterior, se declarará la improcedencia de la presente acción constitucional, contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOGOTA – ICBF – CENTRO ZONAL BOSA, DEFENSORIA DE FAMILIA** y del señor **WILFRAND TRUJILLO AMBUILA**, dado que la demandante cuenta con otro medio de defensa judicial, el cual debe agotar, pues como se evidenció en el trámite de esta acción de tutela, la parte actora acciono ante la jurisdicción de familia, proceso en el cual se debe dirimir el asunto.

Por lo anterior, se negará el amparo a la vida en condiciones dignas, con calidad y ambiente sano, integridad física, tener una familia y no ser separada de su hija, amor, protección y cuidado personal, por no haber sido lesionados o amenazados por los accionados.

Finalmente, y atendiendo que el DEFENSOR DE FAMILIA CENTRO ZONAL BOSA, no allegó el informe que da cuenta de las diferentes valoraciones a la menor S.M.T.M., el despacho ordena que una vez dicha autoridad administrativa cuente con dicho documento, el mismo sea remitido, al Juzgado 27 de familia, para los fines que considere pertinentes, estrado judicial donde se encuentra en curso la demanda de cuidado y custodia personal de la menor S.M.T.M, reclamado por la aquí accionante.

En este orden de ideas, se dispone la desvinculación de esta acción constitucional a la **FISCALIA GENERAL DE LA NACION – CAPIV BOGOTA** por no haber vulnerado los derechos a la accionante por acción u omisión, como quiera que no se encuentra en curso trámite alguno.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-065 de 2019.

Radicado n°: TUTELA 2023-00154
Accionante: YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA
Accionado: ICBF-CENTRO ZONAL BOSA y WILFRAND TRUJILLO AMBUILA
Asunto: FALLO DE TUTELA 1ª INSTANCIA

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

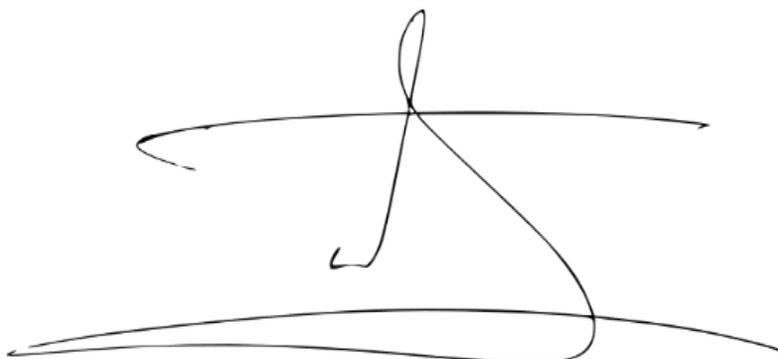
PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela del derecho fundamental a la vida en condiciones dignas, con calidad y ambiente sano, integridad física, tener una familia y no ser separada de su hija, amor, protección y cuidado personal, reclamado por **YOANDRIZ CAROLINA MARTINEZ ARZUAGA**, identificada con C.C. 1.067.592.629 expedida en Bogotá, en nombre propio y de su hija menor de edad S.M.T.M, con R.C. 1010849236 contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR REGIONAL BOGOTA – ICBF – CENTRO ZONAL BOSA, DEFENSORIA DE FAMILIA** y **WILFRAND TRUJILLO AMBUILA**, con fundamento en las consideraciones plasmadas en este proveído.

SEGUNDO: DESVINCULAR de este amparo constitucional al **FISCALIA GENERAL DE LA NACION – CAPIV BOGOTA**, por no haber vulnerado los derechos fundamentales alegados por la accionante por acción u omisión.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Remítase la actuación original ante la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de ser seleccionada y en el evento que no sea impugnada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MARTHA CECILIA ARTUNDUAGA GUARACA
Juez