

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

1



JUZGADO SEGUNDO CIVIL MUNICIPAL DE MANIZALES

Manizales, Caldas, dos (2) de septiembre de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA N°: 143
PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

OBJETO DE LA DECISIÓN E INTERVINIENTES

Se pronunciará el fallo que en derecho corresponda a la acción de tutela instaurada por CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO con cédula de ciudadanía N° 75.090.923, en contra de la MARY YULIETH MARÍN GARCÍA. Al trámite se vinculó a JUZGADO PRIMERO FAMILIA DE MANIZALES, FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, COMISARÍA PRIMERA DE FAMILIA DEL MANIZALES y FISCALÍA CATORCE LOCAL DE MANIZALES, en razón a que sus intereses pueden verse comprometidos con el fallo que se profiera dentro del presente asunto.

ANTECEDENTES

PRETENSIONES

Solicita la parte actora lo siguiente:

PRIMERA: Que se tutele el DERECHO FUNDAMENTAL de la menor JUANITA ALVAREZ MARIN conexo con el DERECHO FUNDAMENTAL a su prevalencia de derechos en el sentido que los menores SON SUJETOS DE DERECHOS, para la misma menor NO SEA SEPARADA DEL HOGAR que conforma hoy con su padre y hermano mayor.

SEGUNDA: Que sea restablecida y devuelta la menor JUANITA ALVAREZ MARIN al hogar del accionante y padre biológico de la misma, en la CARRERA 23 No.55-3 Edificio ALMORETTOS Apto 103 lugar donde ha residido desde el año 2016 a hoy 18/08/2020.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

2

Las basa en los siguientes,

HECHOS

En resumen, manifiesta el actor que contrajo matrimonio con la accionada, unión dentro de la cual procrearon a dos hijos JUAN FELIPE de 16 años y JUANITA de 5 años. Según el relato, la pareja se encuentra en trámite de cesación de efectos de matrimonio católico y liquidación de la sociedad conyugal ante el Juzgado Primero de Familia de Manizales, en la que entre otras, se pretende que se asigne el cuidado y la custodia de la hija menor al aquí accionante y padre, habida cuenta que el hijo mayor ha decidido permanecer con el padre.

Que el día 18 de agosto su cónyuge dejó el inmueble que habitaban en común, junto con la menor JUANITA, según dice sin su consentimiento, conducta que denunció como EJERCICIO ARBITRARIO DE LA PATRIA POTESTAD ante la Fiscalía. Posteriormente ese mismo día la madre le informó la dirección en la cual se encontraba con la menor, indicando que sería su nueva residencia.

Posteriormente al descorrer el traslado manifiesta que:

"sé que su competencia en esta acción constitucional no es resolver lo que será realizado en el Juzgado Primero de Familia, esos son otros temas; ni la tipificación del presunto delito le corresponde a usted, sino a la fiscalía y el juez de control. Acudimos a usted es por los derechos vulnerados de dos menores, principalmente la menor JUANITA ÁLVAREZ MARÍN, quien fue separada abruptamente y sin tan solo despedirse de sus dos hermanos (Juan y Marco) y de su padre."

DERECHOS VULNERADOS.

Del texto de la tutela se infiere que la parte accionante considera vulnerados derechos fundamentales de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN.

CONTESTACIÓN

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

3

MARY YULIETH MARÍN GARCÍA frente a los hechos manifestó que al momento de presentarse la demanda de cesación de los efectos católicos ya no existía convivencia, misma finalizada por la violencia física, verbal y psicológica desplegada por el tutelante, al interior del hogar común anterior, por lo que se instauró denuncia en contra Carlos Eduardo ante la Comisaría Segunda de Familia de Manizales, el día 30 de Julio de 2020, proceso radicado No. M.P. 2020 – 12060, donde se libró medida de protección temporal, en el que se solicitó apoyo a la señora Mary Julieth, en la residencia, para efectos de parar y protegerlas de cualquier agresión verbal, física o psicológica que llegara a ejercer el tutelante.

Agrega que la decisión de retirarse del domicilio común el 18 de agosto fue comunicada al padre y que incluso ese día padre e hija pasaron la tarde juntos, por lo que niega haber sustraído a la niña, ni de forma oculta, ni mucho menos fraudulenta, y no se consideran violados los derechos ni de la menor ni del padre. Niega que la decisión de que el hijo mayor permanezca con el padre sea propia del menor, alegando que el padre lo ha aleccionado y violado su intimidad al hacer uso de un mensaje de “WhatsApp” como prueba dentro de la acción constitucional.

Así mismo manifiesta que su núcleo familiar se vio alterado en el mes de mayo por la llegada al hogar del hijo mayor del accionante, fruto de otra relación.

El JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE MANIZALES indica que el señor ÁLVAREZ AGUDELO promovió demanda de CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO CATÓLICO en contra de la señora MARY YULIETH MARÍN GARCÍA, proceso identificado con el número de radicado 17001311000120200015500, el cual correspondió su conocimiento a esta célula judicial por reparto realizado el día 30 de julio de esta anualidad, mismo que fue admitido mediante providencia No. 343 adiada 11 de agosto de 2020.

Que por mandato legal y como asunto de relevancia constitucional, la CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL de los hijos menores de edad se encuentra radicada en cabeza de ambos progenitores, motivo por el cual, una de las pretensiones de la demanda de CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

4

DE MATRIMONIO CATÓLICO que cursa ante este Despacho, está encaminada a que se resuelva sobre lo relativo a la CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL de JUAN FELIPE y JUANITA ÁLVAREZ MARÍN, hijos menores del matrimonio, y que esta sea entregada al aquí accionante, pues, en efecto, al existir diferencias irreconciliables entre la pareja y de salir avante lo deprecado por el señor CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO, deberá hacerse pronunciamiento expreso sobre la aludida pretensión, la que será analizada en el transcurso del trámite ordinario y sobre la que se decidirá en su debida oportunidad, previa valoración del material probatorio presentado dentro del proceso.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a través de su Directora Seccional informó que en efecto en la Fiscalía Catorce Local de Manizales se tramita la investigación con radicado NUNC: 170016000060202001669 por el delito de violencia intrafamiliar, la cual se halla activa en etapa de indagación y actualmente la fiscal se encuentra estudiando el caso en aras de ordenar las actividades investigativas correspondientes.

FISCALÍA CATORCE LOCAL DE MANIZALES el 20 de agosto de 2020 le fue asignada la noticia criminal Nunc: 170016000060202001669 por el presunto delito de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Que ha estudiado minuciosamente la noticia criminis y se ha emitido orden a policía judicial 18-08-2020, con destino a la servidora de policía judicial adscrita al CTI de Manizales (Caldas), para que desarrolle una serie de actividades investigativas que conduzcan al esclarecimiento de los hechos, con un término de sesenta (60) días para que de cumplimiento a lo requerido por la agencia fiscal. (se anexa orden a policía judicial). Es de indicar, la denuncia presentada por la víctima no es clara, pues allí se cita por parte del denunciante una presunta retención de parte de la progenitora hacia uno del menores hijos y en otros apartes del texto criminis se hace alusión al parecer de maltrato por parte de la progenitora a su núcleo familiar, situación esta por la cual se ordenó ampliar la denuncia penal, para que el señor CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO indique al ente fiscal cuáles han sido esos maltratos físicos, psicológicos de que ha sido objeto el núcleo familiar y una vez ello proceder a determinar si es esta Delegada la competente u otro

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

5

Delegado de la Fiscalía General de la Nación el que debe continuar con el trámite de la acción penal.

COMISARÍA PRIMERA DE FAMILIA DEL MANIZALES manifestó que en ese despacho se tramita:

Medida de Protección, bajo el radicado número 2020-1206, con fecha de apertura del 28 de julio del 2020, la cual fue recibida a través del correo institucional denunciascomisariadefamilia@manizales.gov.co dicho correo fue activado por la administración municipal en el mes de marzo del presente año, con el objeto de no interrumpir las labores desde la comisaría de familia (decreto presidencial número 460 del 22 de marzo del 2020).

La Queja se recibe a través de correo electrónico con fecha del 21 de julio del 2020 a la señora MARY JULIETH MARIN RAMIREZ, identificada con la cédula de ciudadanía número 30.233.431 expedida en Manizales donde una vez conocida la misma se somete a reparto para que una de las profesionales del equipo psicosocial intervenga telefónicamente a la usuaria, con el objeto de conocer más de fondo la problemática que ella expone en la queja, cuando la usuaria es escuchada por la profesional, se decide por parte de este despacho dar aplicación a la Ley 294 de 1996, Ley 1257 del 2008 para que se ordene una Medida de Protección a favor de la quejosa y en contra del señor CARLOS EDUARDO ALVAREZ AGUDELO, (anexo copia de expediente bajo el radicado 2020-12060).

Con fecha del 30 de julio del 2020, este despacho admite la solicitud de medida de protección instaurada por la señora MARY JULIETH MARIN RAMIREZ, en contra del señor CARLOS EDUARDO ALVAREZ AGUDELO, donde se programó audiencia de conciliación como en efecto lo dispone la Ley, la cual se llevaría a cabo el pasado 01 de septiembre del 2020 a las 08:00 am en las estaciones de la Comisaría Primera de familia de manera presencial, donde las partes fueron debidamente notificadas, prueba de ello es la anotación que deja el señor Carlos Eduardo Álvarez Agudelo, en la diligencia conminatoria como medida provisional, donde manifiesta. "Solo firmo la notificación porque no he ejercido actos de violencia en contra de mi esposa, es al revés"

Dicha audiencia no se llevó a cabo previa excusa presentada por la apoderada de la parte interesada la Abogada Amparo Jaramillo, excusa que reposa dentro del expediente el cual anexo, en la excusa se expone las razones por las cuales la abogada de la señora MARY JULIETH MARIN RAMIREZ, no puede asistir a la audiencia, la cual se reprogramó para el día 06 de octubre del 2020 a las 09:00 am en las instalaciones de la Comisaría Primera de Familia.

GENERALIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA:

PROCEDENCIA:

La acción de tutela es un medio de defensa judicial de los derechos constitucionales fundamentales, establecido por el artículo 86 de la Carta Superior, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por las

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

6

autoridades públicas o por los particulares, que ostenta una naturaleza eminentemente subsidiaria y residual, por lo que solamente procede cuando no existe otro mecanismo de protección judicial, o por evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso es viable la tutela como mecanismo transitorio.

LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES:

La parte accionante está legitimada en la causa por activa para procurar mediante este procedimiento la defensa y protección de sus derechos constitucionales fundamentales al tenor del artículo 86 constitucional. Así como la parte pasiva se encuentra legitimada por presuntamente vulnerar los derechos del actor y de la hija menor de edad que tienen en común.

COMPETENCIA.

Los presupuestos, capacidad para ser parte, competencia, petición en forma y capacidad procesal aparecen totalmente satisfechos, y como no se observa causal alguna de invalidación de todo o parte de lo actuado, el fallo que ha de producirse es de fondo. La parte accionante y la accionada y los representantes legales de las entidades vinculadas tienen capacidad para ser partes (artículos 1º, 5º, 10 y 13 del Decreto 2591 de 1991); son personas y por lo tanto sujetos de derechos y obligaciones, este sentenciador es competente para resolver la solicitud en primera instancia por mandato del artículo 37 ibídem en concordancia con el tercer inciso del numeral 1 del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000; la petición satisfizo las exigencias de los artículos 14 y 37 del Decreto 2591 de 1991.

CONSIDERACIONES

En Sentencia T065 de 2019 la Corte Consitucional, compiló los mecanismos de defensa administrativos y judiciales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano para decidir respecto de la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes:

9. En lo que tiene que ver con la fijación de la custodia, el cuidado personal y el régimen de visitas y alimentos de los niños, niñas y

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

7

adolescentes, los artículos 23° y 24° del Código de la Infancia y de la Adolescencia establecen, respectivamente, que todos los menores de edad "tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales" y que, en ese sentido, "tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes (...)". En desarrollo de lo anterior, el legislador estableció mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones paternas relacionadas con la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

10. **En ese sentido, un primer mecanismo es el contenido en el artículo 31° de la Ley 640 de 2001, en tanto que esta norma establece que los asuntos de familia pueden ser conciliados ante "los centros de conciliación, ante los defensores y los comisarios de familia, los delegados regionales y seccionales de la Defensoría del Pueblo, los agentes del ministerio público ante las autoridades judiciales y administrativas en asuntos de familia y ante los notarios".** Particularmente, el artículo 82.8 del Código de la Infancia y de la Adolescencia establece que a los Defensores de Familia les corresponde "promover la conciliación extrajudicial en los asuntos relacionados con derechos y obligaciones entre cónyuges, compañeros permanentes, padres e hijos, miembros de la familia o personas responsables del cuidado del niño, niña o adolescente".

11. En todo caso, estas conciliaciones extrajudiciales finalizan con un acta que, en los casos en los cuales se fija el régimen de custodia y cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, no hace tránsito a cosa juzgada y, por lo tanto, cualquiera de los progenitores, frente a un cambio en las condiciones acordadas o ante una inconformidad, podrá solicitar que se realice nuevamente una diligencia, con la finalidad de pactar las situaciones que se derivan de la tenencia y el cuidado de los menores de edad.

12. Ahora bien, **el legislador también estableció un proceso judicial mediante el cual se puede resolver lo relativo a la custodia y cuidado de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto, es posible encontrar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 del Código General del Proceso, cualquiera de las partes puede llevar la controversia ante un Juez de Familia que, mediante sentencia de única instancia y a través de un proceso judicial verbal sumario, resolverá respecto de las pretensiones presentadas.**

13. En efecto, el artículo 21° de la norma antes citada establece que corresponde conocer a los jueces de familia, en única instancia, "(...) 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios (...)". En ese mismo sentido, el numeral 3° del artículo 390 refiere que se tramitarán mediante proceso verbal sumario "las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en este y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes". Con

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

8

anterioridad a la vigencia de la citada norma, tanto el Decreto 2272 de 1989[50], como el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil, reglamentaban este tipo de procesos judiciales. Sin embargo, es necesario advertir que, previo al pronunciamiento judicial, existe la carga de acudir a la conciliación sobre este tema, en los términos del artículo 40 de la Ley 640 de 2001[51].

14. Al respecto, se pronunció esta Corte en la sentencia C-718 de 2012, providencia mediante la cual estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de los literales (d) y (h) del artículo 5º del Decreto 2272 de 1989, referidos a la competencia de los jueces de familia para conocer en única instancia de los procesos de custodia, cuidado personal y visita de los menores de edad. En esa oportunidad, la Sala Plena consideró que las disposiciones enjuiciadas eran exequibles, en la medida en que hacían parte del margen de configuración del legislador en la materia. Empero, se advirtió que, pese a que las decisiones judiciales sobre la custodia, el cuidado personal y el régimen de visitas de los menores de edad no pueden ser apeladas, lo cierto es que, por tratarse de un proceso de jurisdicción voluntaria, éstas no hacen tránsito a cosa juzgada material y, en esa medida, el juez de instancia mantiene su competencia y puede modificar la sentencia.

15. En todo caso, esta Corte ha sostenido que el proceso judicial de fijación de custodia y cuidado personal deberá garantizar el debido proceso de cada uno de los interesados y, en ese orden de ideas, este escenario se convierte en un "espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños". En estos trámites corresponde a las autoridades judiciales "analizar todos los elementos de juicio correspondientes para determinar a cargo de cuál de los padres está la custodia del niño y cómo se regulan las visitas del otro padre a que hayan lugar".

16. Es importante resaltar que tanto en la diligencia de conciliación extrajudicial que puede ser adelantada ante los Defensores de Familia adscritos al ICBF, así como en el proceso judicial, se deberá velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes. En ese sentido, esta Corte ha considerado que son esas autoridades quienes, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, "son los llamados a analizar el interés superior del menor de edad y evaluar de manera oportuna las pruebas idóneas para ponderar la situación económica, social, psicológica y cultural, en aras de determinar quién es la persona más idónea para asumir la custodia del menor".

17. Todo lo anterior, sin perjuicio de las demás medidas de protección y restablecimiento de derecho en favor de los menores de edad que, según se estableció en el Código de Infancia y de Adolescencia, buscan restaurar la dignidad e integridad de los niños, de las niñas y de los adolescentes. Estas facultades legales contemplan la adopción de las siguientes posibilidades: (i) la amonestación con asistencia obligatoria a cursos pedagógicos; (ii) el retiro inmediato del niño, niña y adolescente de la actividad que amenace, vulnere sus derechos o de las actividades ilícitas en las que se pueda encontrar; (iii) su ubicación inmediata en un nuevo medio familiar o en centros de emergencia -en los casos en los que proceda la ubicación en los hogares de paso-; (iv) la adopción; (v) cualquier otra medida que garantice la protección integral de los niños, niñas y adolescentes y; finalmente, (vi) la posibilidad de promover las acciones policivas, administrativas o judiciales a las que hubiere lugar.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

9

18. Ahora bien, pese a que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos idóneos para establecer la custodia y el cuidado personal de los menores de edad, ello no significa que en todos los casos sean eficaces para solucionar los diferentes escenarios fácticos y jurídicos que se pueden presentar. Precisamente, frente a la procedencia de la acción de tutela para resolver este tipo de situaciones, esta Corte ha considerado que, en el marco de la subsidiariedad del amparo constitucional, a los jueces les corresponde verificar, en cada caso en concreto, si los menores de edad se encuentran en una situación de tal magnitud que implique la intervención inmediata para salvaguardar sus derechos, en la medida en que, de lo contrario podría ocurrir un daño irremediable.

19. En ese sentido, en la sentencia T-968 de 2009, **la Sala de Revisión consideró que, excepcionalmente, la acción de tutela procede cuando "el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico, esto es cuando existe un perjuicio serio e inminente de afectación de los derechos fundamentales del menor (...)"**. En igual sentido, en la sentencia T-884 de 2011, esta Corte concluyó que, si bien en principio la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa de la competencia del juez constitucional, puesto que en el ordenamiento jurídico existen trámites administrativos y judiciales idóneos, a través de los cuales se puede desatar este tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del Ministerio Público, en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, lo cierto es que "en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional".

20. Así, es posible concluir que para efectos de definir lo que tiene que ver con la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes, el legislador plasmó mecanismos ordinarios de carácter administrativo y judicial a los cuales se puede acudir para que, en el marco de un debido proceso y en atención al interés superior de los menores de edad, se fije todo lo relacionado con esas garantías. Sin embargo, ello no es óbice para que, en el caso de presentarse una acción de tutela, el juez constitucional determine si, en ese caso en concreto, esos medios de defensa existentes en el ordenamiento jurídico no son eficaces, en atención a la gravedad de la afectación de los derechos de los niños.

La acción de tutela interpuesta por la señora Viviana en representación de sus hijas menores de edad es improcedente, en tanto que no acredita el requisito de subsidiariedad

21. En el caso concreto, existen mecanismos ordinarios que son idóneos y eficaces para proteger los derechos de las menores de edad en nombre de quienes se interpone la acción de tutela objeto de revisión y, en ese sentido, no resulta necesaria la intervención del juez constitucional, por las razones que a continuación pasan a exponerse:

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

10

22. En efecto, de conformidad con lo dispuestos en la Ley 1098 de 2006, la accionante puede solicitar, en cualquier momento, la realización de una nueva audiencia de conciliación por considerar que han variado en todo o en parte las condiciones de sus hijas, tal y como ocurrió de acuerdo con las pruebas remitidas a la Corte Constitucional por parte del ICBF, mediante las cuales informó que las niñas actualmente se encuentran en la ciudad de Tunja, ya que el progenitor decidió entregarlas voluntariamente a la madre. Debido a ello, esa institución decidió convocar a una nueva audiencia de conciliación en la seccional Boyacá para el día 6 de septiembre de 2018[57].

23. Ahora bien, en el caso hipotético en el que el progenitor no acceda a conciliar nuevamente respecto de la custodia y el cuidado de las niñas, lo cierto es que la accionante cuenta con un proceso judicial verbal sumario, de única instancia y cuya decisión no hace tránsito a cosa juzgada material, para definir la resolución de las pretensiones planteadas ante los jueces de familia, autoridades que deberán garantizar el interés superior de las niñas, así como el debido proceso para todos los involucrados y, en ese orden de ideas, un amplio debate probatorio que permita arribar a la mejor decisión para que se garanticen los derechos de ambas menores de edad, de conformidad con la Constitución y el Código de la Infancia y de la Adolescencia[58].

24. De la misma forma, y suponiendo que el progenitor decida llevarse nuevamente a las niñas para la ciudad de Sincelejo, la accionante puede solicitar ante la Defensoría de Familia que se inicie un procedimiento de restablecimiento de los derechos de las menores de edad, de conformidad con el artículo 50 y siguientes de Código de la Infancia y de la Adolescencia[59]. En todo caso, cualquier decisión que sea tomada en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos puede ser objeto de control jurisdiccional en un proceso de única instancia, por parte de los jueces especializados en familia, por solicitud de la ahora accionante, el padre de las niñas e incluso el Ministerio Público.

25. Resulta relevante resaltar que en el presente caso no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable que amerite una orden provisional por parte del juez constitucional de tutela, como quiera que de las pruebas recaudadas en sede de revisión, es posible establecer que la presunta situación de riesgo en la que se encontraban las niñas ya fue superada y que, por ende, no se acreditan las condiciones de gravedad, urgencia, impostergabilidad e inminencia requeridas por la jurisprudencia para que se de ese fenómeno. Sobre el particular, el ICBF informó, a través de un oficio de valoración socio familiar y de verificación de derechos que, actualmente, las niñas cuentan con la garantía plena de sus derechos en la ciudad de Tunja, pues conviven con la progenitora y su actual pareja en una vivienda digna, tienen condiciones físicas y psicológicas adecuadas y, en el caso de Laura de 6 años, ya se encuentra vinculada al sistema de educación municipal.

26. Por lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional considera que, si bien los hechos que ameritaron la interposición de la acción de tutela no se encuentran superados, en la medida en que el padre aún ostenta la custodia de las menores de edad en virtud del acta de conciliación suscrita en la ciudad de Sincelejo el día 10 de enero de 2018 y, por ende, puede ejercer los derechos y las acciones que de ésta se derivan. Lo cierto es que, en este momento, las niñas están bajo el cuidado de la señora Viviana en la ciudad de Tunja y, por ello, no se advierte, ni de los hechos relatados, ni de los informes remitidos por el ICBF que se encuentren en

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

11

algún grado de peligro que amerite la intervención inmediata del juez de tutela. En ese orden de ideas, la accionante, en representación de sus hijas, puede acudir a los mecanismos administrativos y judiciales de defensa que fueron reseñados en párrafos anteriores, con la finalidad de buscar la definición legal de la tenencia de la custodia y el cuidado personal de ambas menores de edad y, por esta vía, la salvaguarda de sus derechos. Precisamente, son esas autoridades administrativas y judiciales, a quienes la Constitución y la ley les entregaron la competencia para velar por la protección y la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Colombia."

En la Sentencia T-268/13 expone el principio de subsidiariedad de la acción de tutela-Reiteración de jurisprudencia.

"En el evento en que para el caso concreto existan otros mecanismos ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela será procedente solo si estos ya se encuentran agotados. Sin embargo, de manera excepcional, la acción de tutela será procedente: (i) si los recursos existentes no son idóneos; (ii) cuando estos no existen; o (iii) si quiere evitar un perjuicio irremediable".

Conforme con lo anterior, este Juzgador deberá determinar la procedencia de la tutela para reclamar la protección del derecho invocado por la parte actora.

EL CASO CONCRETO:

En el caso que hoy ocupa a este despacho, el problema de fondo radica en determinar si es procedente tutelar derecho fundamental alguno a JUANITA ÁLVAREZ MARÍN, a causa de que su señora madre se retirara junto con ella del hogar que compartían junto con padre de la menor y cónyuge de la accionada, el hijo de ambos y el hijo mayor del actor.

Se verifica que en la actualidad hay en curso tres trámites relacionados con controversias entre las partes, haciendo uso del aparato jurisdiccional del Estado, a saber:

- DEMANDA DE CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO Y DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL ante el JUZGADO PRIMERO DE FAMILIA DE MANIZALES.
- MEDIDA DE PROTECCIÓN ante la COMISARÍA PRIMERA DE FAMILIA.
- INDAGACIÓN PENAL POR EL PRESUNTO EJERCICIO ARBITRARIO DE LA PATRIA POTESTAD ante la FISCALÍA 14 LOCAL DE MANIZALES.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

12

En el escrito de tutela no es claro ni preciso lo pretendido, pues se pide que se tutelen los derechos fundamentales que le asisten a la menor, por lo que el despacho considera pertinente atenerse a lo indicado en la precitada jurisprudencia constitucional en cuanto la subsidiariedad de la acción de tutela en asuntos similares:

"en la sentencia T-884 de 2011, esta Corte concluyó que, si bien en principio la definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa de la competencia del juez constitucional, puesto que en el ordenamiento jurídico existen trámites administrativos y judiciales idóneos, a través de los cuales se puede desatar este tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del Ministerio Público, en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, lo cierto es que "en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional".

Dicho lo anterior, en primer lugar no se advierte que los tres trámites judiciales y administrativos en curso carezcan de idoneidad para solucionar las controversias jurídicas y emocionales de las partes, en atención a la protección de los menores de edad involucrados, en tanto los medios ordinarios prevén los mecanismos para establecer medidas provisionales y transitorias, tendientes a restablecer derechos, sin embargo, es imposible mantener un absoluto equilibrio cuando hay en curso un proceso divorcio que conlleva necesariamente a la separación física de un hogar.

Por otro lado, no hay prueba de que haya una amenaza a la integridad física o psicológica de la menor para que proceda la tutela, sin desconocer que la situación actual de la familia involucrada, altera los hábitos de vida y el núcleo familiar. lo cierto es que los menores deben permanecer con uno de sus padres en un proceso de cesación de efectos civiles de matrimonio en la que necesariamente se implica una separación de cuerpos, que comprende el establecimiento de una mesa y un techo aparte.

En atención a lo anterior, no considera este despacho la necesidad de suplir los procesos ordinarios actualmente en trámite. De ahí que para el caso objeto de análisis, no es procedente la acción de tutela como mecanismo de defensa ante la presunta y difusa violación de derecho alguno, toda vez

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN
ACCIONADO: MARY YULIETH MARÍN GARCÍA
RADICADO: 170014003002-2020-00300-00

13

que no se cumplen los supuestos que permitan colegir que existe una vulneración o riesgo inminente. Le corresponderá entonces, a los padres de la menor accionante, solicitar, si es del caso, las medidas provisionales ante el Juez natural, que lo es la Juez Primera de Familia de Manizales, que permita radicar temporalmente la custodia y el régimen de visitas mientras se profiera decisión de fondo, pero no a través de un trámite tan sumario, como lo es la acción de tutela.

DECISIÓN

En consecuencia el Juzgado Segundo Civil Municipal de Manizales, Caldas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: NEGAR el reclamo a los derechos invocados por CARLOS EDUARDO ÁLVAREZ AGUDELO en representación de su hija menor de edad JUANITA ÁLVAREZ MARÍN por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: NOTIFICAR la presente decisión a las partes en la presente tutela por el medio más expedito, advirtiéndole que contra la presente providencia procede la impugnación dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de su notificación.

TERCERO: ENVIAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de no ser impugnada la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS FERNANDO GUTIÉRREZ GIRALDO
JUEZ