

Sentencia T-065/19

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-Medidas de protección y restablecimiento de derecho en favor de los menores de edad

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

CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR-Procedencia excepcional de la acción de tutela cuando el menor se encuentra en riesgo o peligro físico o psicológico

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DE MENORES-Improcedencia por existir otro medio de defensa judicial

Referencia: Expediente T-6.770.529

Acción de tutela interpuesta Viviana, en representación de sus hijas menores de edad, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF- y el señor Jaime.

Magistrado Ponente:

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Gloria

Stella Ortiz Delgado y los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Aclaración preliminar: reserva de identidad de las niñas y su familia

La Corte, como así lo ha hecho en numerosas sentencias que protegen los derechos de los menores de edad[1], mantendrá en reserva la identidad de las niñas, de su padre y madre. Esto encuentra sustento en que las niñas tienen derecho a que su vida privada y familiar no sea divulgada y a que se adopten todas las medidas necesarias para proteger su interés superior.

En efecto, esta Sala de Revisión adoptará la decisión que corresponda, dentro del presente proceso, en dos ejemplares paralelos: (i) en uno de ellos, se omitirán los nombres y los demás datos de las niñas y de su familia, así como datos relacionados con información personal; y en el otro, (ii) se señalará la identidad de las menores de edad y de su núcleo familiar. Esta última versión, sólo estará destinada a integrarse al expediente de tutela, con el fin de que las autoridades responsables de dar cumplimiento a las órdenes impartidas dentro del fallo, ejecuten las decisiones allí proferidas, no sin recabar que sobre este expediente recae estricta reserva, la cual sólo podrá ser levantada en favor de las partes y de las autoridades citadas.

A. LA DEMANDA DE TUTELA

1. La señora Viviana interpuso[2], mediante apoderado[3], acción de tutela en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, en adelante ICBF, y el señor Jaime, su ex compañero permanente, quien actualmente ostenta la custodia de sus dos hijas menores de edad, conforme a lo acordado en una audiencia de conciliación celebrada en la sede Sincelejo de la entidad accionada, el día 10 enero de 2018. Según la accionante, en el desarrollo de la referida audiencia fueron vulnerados los derechos fundamentales de sus

dos hijas a la igualdad, al debido proceso, a tener una familia y no ser separado de ella, por presentarse, a su juicio, coacción psicológica para llegar al acuerdo, por parte de la Defensora de Familia que supervisó la diligencia y el apoderado del padre de las menores de edad.

Por ende, solicita: (i) declarar nula la conciliación celebrada el 10 de enero de 2018; (ii) ordenar el restablecimiento de la custodia de las menores a la accionante, hasta tanto se decida por la Jurisdicción Ordinaria quién debe estar a cargo del cuidado de las niñas, de manera definitiva; (iii) ordenar la práctica de examen psiquiátrico en medicina legal a Jaime y a Laura; y (iv) compulsar copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación, a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura, para que lleven a cabo las investigaciones que consideren pertinentes.

B. HECHOS RELEVANTES

1. Viviana y Jaime convivieron en unión marital de hecho desde el año 2007, hasta el 10 de diciembre de 2017. Fruto de esta relación nacieron las menores de edad Laura y Alejandra el 26 de febrero de 2008[4] y el 04 de junio de 2016[5], respectivamente.

2. La pareja residía en el hogar materno de Jaime. Compartían el inmueble con la madre y la hermana de este último; las señoras María y Rosa, respectivamente.

3. Según informó la parte actora[6] durante todo el tiempo de convivencia, ella fue víctima de ultrajes diarios por parte de su compañero permanente, su suegra y su cuñada, debido a que según ellas el señor Jaime “no había seguido estudiando por el embarazo”. Constantemente, afirmaban que Viviana “no era la persona adecuada para su hijo y hermano”. Agrega que su compañero sabía de la situación pero no hacía nada al respecto, dado que no tenía recursos para mudarse a un lugar independiente.

4. Como consecuencia de una fuerte discusión[7] entre Viviana y María[8], la accionante abandonó, en compañía de su compañero permanente y su hija Laura, la casa de su suegra por un período de cinco (5) meses. Sin embargo, se vieron obligados a regresar, porque los ingresos del señor Jaime no eran suficientes para cubrir los gastos de sostenimiento del núcleo familiar.

5. Agregó la accionante que, adicional a todas las dificultades que vivía con ocasión de la difícil relación con su suegra y su cuñada, se sumaron constantes discusiones con su pareja porque, a dicho de la accionante, este era “un bebedor, no respondía con la alimentación de las niñas, le reclamaba porque no sacaban una habitación en otro lado o porque no hacía una casa para irse a vivir solos, descuidaba la familia, que la mayoría de las noches llegaba en la madrugada borracho, que se gasta todo el dinero en alcohol, y que tenía que levantarse la mayoría de las noches en la madrugada a abrirle cuando llegaba borracho”[9].

6. Así mismo, afirmó que era víctima de un supuesto abuso verbal por las constantes groserías que el señor Jaime le propinaba cuando discutían por las razones enunciadas, y alega que el padre de sus hijas “le pegaba en la cara y la empujaba constantemente (...) le doblaba las manos y le obligaba a tener relaciones sexuales en su estado sin importar que estuvieran las niñas despiertas y que cuando ella se negaba, como retaliación, no compraba el mercado hasta tanto no tuvieran relaciones sexuales”[10].

7. Afirmó que nunca denunció los malos tratos “por miedo a quedarse sola con sus hijas y que estas circunstancias la llevaron a conocer otra persona mejor”[11], a quien conoció por internet, trató por más de un año y con quien se fue a vivir a la ciudad Barranquilla, el 10 de diciembre de 2017, llevando consigo a las dos menores de edad.

8. Narró que el padre de las menores la denunció por secuestro, razón por la cual ella se comunicó con éste para indicarle cuál era su ubicación exacta. El señor Jaime se hizo presente al día siguiente y según alega la accionante en esa oportunidad “llegaron al acuerdo verbal que (sic) ella se quedara con las niñas porque estarían mejor”, expresándole que próximamente se mudaría con su nueva pareja a la ciudad de Tunja donde se radicarían permanentemente. De igual forma, la accionante consintió en que las dos menores de edad pasaran las fiestas decembrinas con su padre en la ciudad de Sincelejo, donde las recogería el 07 de enero del año en curso.

9. El 07 de enero de 2018, Viviana acudió a la ciudad de Sincelejo a recoger a sus dos hijas, sin embargo, Jaime, padre de las menores de edad, le informó que “no le iba a entregar a las niñas y que había contratado abogado para ir al ICBF (...) porque él no iba a aceptar que sus hijas vivieran con un extranjero máxime en Tunja”[12].

10. Por lo anterior, la accionante acudió al ICBF Centro Zonal Sincelejo, donde la atendió la Defensora de Familia, con la finalidad de desarrollar una audiencia de conciliación, en la cual no se permitió la entrada de su nuevo compañero, sino tan solo la de ambos padres, el abogado del señor Jaime y la enunciada conciliadora.

11. Afirmó la accionante que durante el desarrollo de la audiencia de conciliación: (i) la Defensora de Familia “le consultaba al referido abogado lo que debía escribir en el acta de conciliación”[13], quien consecuentemente le “dictaba las cosas que escribió en el documento del acta de conciliación”[14]; (ii) que tanto la Defensora de Familia como una psicóloga acompañante le preguntaban con insistencia si “iba a preferir a un desconocido que al padre de sus hijas y le mostraban varios casos de extranjeros que violaban a las menores y traficaban órganos”[15], por ello, le informaron acerca de “varios casos de violaciones de personas extranjeras y nacionales que tenía en su escritorio, donde extranjeros maltrataban a mujeres colombianas”[16]; (iii) que la Defensora de Familia y el abogado del señor Jaime le insistieron que “si no aceptaba que las niñas se quedaran con el padre, ella como defensora no le quedaba otra [opción] que mandar a las niñas a un hogar sustituto, porque prevalecen los derechos de los niños y era su deber tomar esa decisión”[17].

12. De igual forma, durante la audiencia de conciliación, el padre de las menores manifestó que además de tener el apoyo de su mamá y su familia para el cuidado de las niñas, y no tener problema alguno con que la madre de las menores lo visitara, no tenía objeción con que la accionante tuviera la custodia de las menores de edad siempre y cuando se radicara en la ciudad de Sincelejo o alguna localidad cercana[18].

13. Así las cosas, en medio “de tanta presión y miedo que le metieron, con todos los casos que le mostró la defensora de familia y dado que no quiere el mal para sus hijas”[19], la accionante relató que accedió a que las dos menores quedaran bajo custodia de su padre y a cancelar una cuota alimentaria de trescientos mil pesos mensuales (\$300.000).

14. Actualmente la señora Viviana, reside en la ciudad de Tunja con su nuevo compañero, Alberto, colombiano de nacimiento, en un apartamento de tres habitaciones. De igual forma, habla constantemente por teléfono con su hija Laura, quien en ocasiones le afirma su deseo de mudarse con ella, pero en otras manifiesta todo lo contrario[20].

C. RESPUESTA DE LAS PARTES ACCIONADAS

Escrito presentado por la Defensora de Familia adscrita al Centro Zonal Sincelejo del ICBF, fechado el 7 de febrero de 2018

15. La funcionaria del ICBF que dirigió la audiencia de conciliación del 10 de enero de 2018 niega toda vulneración iusfundamental que puedan haber sufrido las menores, al considerar que aquella se desarrolló con pleno cumplimiento de todas las garantías para los interesados. Señala que antes de dar inicio al trámite, las menores de edad fueron evaluadas por un equipo interdisciplinario conformado por una trabajadora social, una nutricionista y una psicóloga. Del anterior estudio integral, se concluyó que las niñas no estaban afectadas en ninguno de sus derechos fundamentales, pues estaban afiliadas al sistema de salud, tenían un estado nutricional adecuado y, en el caso de Laura se encontraba vinculada al sistema educativo. De igual forma, se concluyó que las niñas “pertenecen a una tipología familiar monoparental, con jefatura paterna compuesta por 4 miembros, donde, convive el padre biológico, las dos niñas, una prima de 18 años que cuida a las menores, y la abuela paterna que les apoya en la preparación de los alimentos de las niñas”[21]. En el mismo orden de ideas, se constató que Viviana y Jaime se habían separado de hecho, un mes antes de la mencionada audiencia, y que la ahora accionante se había domiciliado en la ciudad de Tunja al momento de celebración de la misma. Adicionalmente, afirma que se encontró que Laura no mostraba afectaciones que ameritan atención o seguimiento especial, por lo que se podía seguir adelante con el proceso conciliatorio para fijar la custodia.

16. En lo que tiene que ver con el desarrollo de la audiencia, la funcionaria sostiene que ninguna de las partes presentó objeciones o requirió medidas especiales, por lo que la señora Viviana accedió voluntariamente a entregar la custodia al padre biológico, atendiendo a que ella residía en la ciudad de Tunja, desde más o menos un mes antes del 10 de enero de 2018, que retornaría a solventar unos asuntos y regresaría a Sincelejo para radicarse permanentemente. Enfatiza que en la audiencia conciliatoria los acuerdos fueron suscritos libremente, sin que mediara presión alguna. Finalmente, recuerda que los defensores de familia no tienen atribución expresa para ordenar compromisos, sino que las partes de manera voluntaria llegan a estos de manera libre, sin presión alguna, pues la tarea del ICBF es, de un lado, promover que las partes lleguen a soluciones pacíficas y

adecuadas para los intereses de los menores de edad y, de otro lado, actuar como autoridad policiva para proteger a los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en situación de riesgo o vulnerabilidad.

Escrito presentado por el apoderado judicial del señor Jaime, fechado el 09 de febrero de 2018

17. El apoderado del particular accionado solicita que el amparo interpuesto sea declarado improcedente. Sostiene que la mayoría de sus argumentos son falaces, infundados y todo menos certeros, que no hay relación entre los hechos y peticiones a tutelar, ya que se basa en calumnias e injurias para afectar el buen nombre de su representado. Manifiesta que la acción de tutela no puede recaer sobre “acciones u omisiones inexistentes, presuntas o hipotéticas, y que por tanto no se hayan concretado en el mundo material y jurídico”, pues una situación de esta índole atentaría contra el debido proceso y la seguridad jurídica de las partes accionadas. De ahí puntualiza que “en el presente caso no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva, que haya podido concluir con la supuesta afectación de los derechos fundamentales alegados por la peticionaria”, por lo que el juez constitucional no puede conceder un amparo de esta naturaleza si en el respectivo proceso no existe prueba, al menos sumaria, de la violación concreta de un derecho fundamental.

Escrito suscrito por el Procurador 162 Judicial para asuntos de infancia, adolescencia y de familia, fechado el 07 de febrero de 2018

19. El representante de la Procuraduría General de la Nación recomienda que el asunto sea declarado improcedente, teniendo en cuenta que el mismo debe ser dirimido por los jueces de familia, y no se observa riesgo de configuración de un perjuicio irremediable “ya que la persona que se va a hacer cargo de las niñas es su padre, que tiene los mismos derechos que su madre a tenerlos en custodia, igualmente dentro del tiempo que las niñas han estado con su padre no se ha indicado o demostrado maltrato hacia ellas y/o cualquier otra situación que las perjudique, sin mencionar que la accionante suscribe el acuerdo [de conciliación ante el ICBF]”. En este orden de ideas, el Ministerio Público recuerda que los jueces de familia no solo son competentes para conocer este tipo de asuntos, sino que pueden adoptar las medidas de urgencia, en determinadas circunstancias, que así lo

requieran para salvaguardar los derechos de los niños.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera instancia: Sentencia proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, el 13 de febrero de 2018

20. El juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción de tutela objeto de revisión. Para llegar a esta conclusión, manifestó que en el asunto existe un mecanismo judicial propio para la fijación de la custodia y el cuidado personal de los niños, establecido en el artículo 21 del Código General del Proceso, en donde se dispone que los jueces de familia conocerán, en única instancia, de la custodia el cuidado personal y las visitas de los menores de edad.

21. En este sentido, la providencia analiza el material probatorio aportado para concluir que el ICBF verificó la garantía de los derechos de las niñas, relacionados con su vinculación al sistema de seguridad social en salud y al sistema educativo; que tuvieran al día sus vacunas; el estado de salud psicológico, y con la evaluación de un perfil de vulnerabilidad familiar, que encontró apto, se recomendó iniciar el trámite de fijación de custodia.

22. Por lo anterior, atendiendo a que, (i) las menores de edad fueron evaluadas por parte de un equipo técnico interdisciplinario, que buscaba verificar la garantía de sus derechos; (ii) que no está demostrado que las niñas estén padeciendo un perjuicio irremediable al permanecer bajo la custodia y cuidado personal provisional de su padre, ni que la madre hubiera estado sometida a presión para entregar la custodia, la única solución posible era declarar la improcedencia de la acción de tutela, y recomendarle a la accionante acudir ante los jueces de familia para que, en única instancia, determinen quién queda a cargo de la custodia de manera definitiva.

Segunda instancia: Sentencia proferida el Tribunal Administrativo de Sucre, el 16 de marzo de 2018

23. La decisión de segunda instancia resolvió que el amparo interpuesto por Viviana debía negarse, a pesar de considerar que una vez “analizado el expediente y

concretamente la impugnación presentada por el apoderado judicial de la parte accionante, la Sala podría considerar que la presente acción de tutela resulta improcedente, tal como lo decidió el A quo, sino (sic) fuera porque de por medio se encuentran derechos de menores de edad”.

24. Analiza que en el caso concreto existe un mecanismo ordinario idóneo para perseguir la ineficacia y/o la nulidad de un acuerdo conciliatorio, que corresponde, en única instancia, a los jueces de familia, según el artículo 21 del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 598 estipula que dichas autoridades podrán adoptar las medidas cautelares que resulten necesarias. Entonces, para el Tribunal Administrativo de Sucre “prima facie la tutela resulta improcedente; sin embargo, la prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano, derivada del principio de interés superior del menor, obliga al juez constitucional a estudiar el asunto de fondo, en garantía precisamente de los derechos en juego”.

25. En este sentido, el Tribunal Administrativo de Sucre sostuvo que de todo el material probatorio aportado se puede concluir que “las menores no presentan alteración o vulneración de sus derechos fundamentales, por el contrario, los estándares de valoración se ajustan a las condiciones normales, por ende, desde el punto de vista de la proporcionalidad, la medida de acoger la custodia y cuidado de manera consensuada por parte de la Defensoría de Familia atiende los postulados constitucionales”, con mayor razón cuando “las niñas en ningún momento exigen otro tipo de atención”. En síntesis, considera que “los derechos fundamentales de las menores encuentran garantía y materialización, pues, no se ha demostrado abstención en su cuidado o afectación de sus condiciones mínimas”, de ahí que debía negarse el amparo.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS APORTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Auto de pruebas y de suspensión del diecisiete (17) agosto de dos mil dieciocho (2018)[22]

26. El 17 de agosto de 2018, el Magistrado sustanciador, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y con el ánimo de obtener los elementos de juicio necesarios para adoptar una mejor decisión, resolvió decretar la práctica de pruebas. Para

ello, ofició a (i) la señora Viviana, (ii) al ICBF, (iii) a la Fiscalía General de la Nación y, por último, (iv) a la Policía Nacional, para que aportaran elementos nuevos al debate constitucional[23].

27. La señora Viviana se le preguntó acerca de los presuntos hechos de violencia de los cuales habría sido víctima por parte de su ex pareja. Particularmente, se le solicitó que aportara los elementos que tuviera a su alcance para acreditar tanto ese hecho, como las supuestas presiones a las cuales fue sometida en el desarrollo de la audiencia de conciliación celebrada ante el Centro Zonal Sincelejo de la Regional Sucre del ICBF[24].

28. Al ICBF se le requirió para que informara a la Sala acerca de si dentro de su archivo existe alguna prueba que acredite las afirmaciones de la supuesta violencia intrafamiliar que padeció la señora Viviana[25]. Igualmente, se le solicitó que recaudara los testimonios de las menores de edad Laura y Alejandra respecto de la convivencia de sus padres[26] y de su situación bajo la guarda de su progenitor.

29. De la misma forma, la Sala ofició a la Fiscalía General de la Nación para que informara si en esa dependencia obra alguna denuncia penal por los hechos de violencia intrafamiliar y lesiones personales, interpuesta por la señora Viviana en contra de su ex compañero[27].

30. Por último, se solicitó a la Policía Nacional para que informara si ante esa entidad existe evidencia de denuncia alguna interpuesta por la señora Viviana por los hechos que motivaron la interposición de la acción de tutela que, actualmente, se encuentra bajo revisión de la Corte Constitucional[28].

31. Como respuesta de lo anterior, el día 11 de septiembre de 2018 la Secretaría General de la Corte Constitucional puso en conocimiento del Magistrado sustanciador que, durante el término establecido, se recibieron: (i) escritos del 31 de agosto de 2018 y del 1 de septiembre de 2018, firmados por la señora Viviana; (ii) oficio s-2018-504008-0101 del 29 de agosto de 2018 suscrito por la Jefe de la Oficina Jurídica del ICBF; (iii) oficio S-2018-517979-0101 del 4 de septiembre de 2018 suscrito por la jefe de la Oficina Jurídica (E) del ICBF; (iv) oficio DSS-C91-0848 del 29 de agosto de 2018 firmado por la asistente del Fiscal I Sección de Fiscalías y de Seguridad Ciudadana y, por último, (v) correo electrónico de un asesor del Grupo Jurídico Delegado para la Seguridad Ciudadana de la Fiscalía

General de la Nación.

32. Mediante escrito remitido a esta corporación el día 1º de septiembre de 2018, la señora Viviana procedió a responder las preguntas realizadas por el Magistrado sustanciador. En efecto, la madre de las menores de edad informó que no cuenta con ningún medio de prueba que le permita acreditar los hechos que puso de presente en el escrito de tutela, en la medida en que no contaba con el apoyo suficiente para interponer denuncias por violencia intrafamiliar en contra de su ex pareja.

33. En el mismo sentido, indicó que desde el mes de julio de 2018 tiene la custodia temporal de sus hijas y que el día 6 de septiembre de ese mismo año, se realizará una nueva audiencia de conciliación ante el ICBF, Centro Zonal Tunja.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar[30]

34. A través de oficio remitido a esta Corte el día 29 de agosto de 2018, el ICBF informó que consultado su sistema de información, encontraron dos peticiones remitidas por la señora Viviana al Centro Zonal Sincelejo, las cuales se encuentran pendientes de ser contestadas por parte del funcionario competente.

35. Igualmente, esa entidad manifestó que, de acuerdo con la información reportada por la Defensora de Familia, en el marco del trámite extraprocesal solicitado por ambos padres de las niñas Laura y Alejandra, se llevó a cabo audiencia de conciliación, procedimiento que terminó con total acuerdo entre las partes en el sentido de asignar la custodia al progenitor, sin que se hubiera puesto de presente la presunta violencia intrafamiliar que afectaría al núcleo familiar. En ese sentido, el ICBF también informó que el día 16 de febrero de 2018, un equipo de la Defensoría de Familia se desplazó hasta el lugar de vivienda de las niñas en Sincelejo para realizar el respectivo seguimiento y encontró que ambas se encontraban en buen estado físico y psicológico.

36. Mediante un nuevo oficio remitido a esta corporación el día 4 de septiembre de 2018[31], el ICBF informó que, en efecto, las niñas se encuentran en la ciudad de Tunja con la madre, en virtud de que el padre autorizó ello mediante escrito autenticado ante la Notaría Primera del Círculo de Sincelejo[32]. En ese sentido, indicó que, actualmente, las menores de edad viven con su madre en Tunja, Boyacá y que se programó nueva diligencia

de conciliación en esa ciudad[33].

37. De la misma manera, el ICBF Regional Boyacá remitió un informe de valoración psicológica de Laura, mediante el cual concluyó que tiene un adecuado estado de salud con procesos de desarrollo conformes a su edad evolutiva y que, en ese sentido, la madre es garante de todos sus derechos. Sin embargo, en el mismo documento, se sugirió fijar un régimen de visitas con el padre, como quiera es necesario optimizar el vínculo afectivo.

38. Por último, esa entidad remitió el concepto integral del equipo psicosocial luego de realizada la entrevista a la niña Laura, de conformidad con las preguntas realizadas por el Magistrado sustanciador. En ese sentido, el ICBF informó que de acuerdo con la información que brindó la menor de edad, se pudo determinar que (i) durante el tiempo en el que convivió todo el núcleo familiar en la ciudad de Sincelejo, la relaciones interpersonales eran adecuadas, pese a que a veces el padre ingería bebidas alcohólicas y “(...) le decía cosas feas a -la madre- (...)”; (ii) sí hubo violencia psicológica hacia la señora Viviana, pero no fue una conducta desplegada en contra de las niñas; (iii) durante el tiempo que convivió con el padre, no existió actuación violenta de parte de éste hacia ella o su hermana; sin embargo, no desea vivir bajo el cuidado del progenitor; (iv) finalmente, no existe condicionamiento negativo por parte de ninguno de los dos padres[34].

Fiscalía General de la Nación[35]

39. A través de oficio remitido a esta Corte el día 29 de agosto de 2018, la Fiscalía General de la Nación informó que en su sistema existe una denuncia penal del 13 de diciembre de 2017, instaurada por el señor Jaime en contra de la señora Viviana por el delito de ejercicio arbitrario de la custodia de hijo menor de edad previsto en el artículo 230A del CP, adicionado por el artículo 7 de la Ley 890 de 2004. Dicho proceso fue adelantado por la Fiscalía 23 Seccional Sincelejo y fue archivado el 18 de diciembre de 2017.

41. Por último, la Fiscalía refirió que no se registran denuncias interpuestas por la señora Viviana en contra del señor Jaime por los delitos de violencia intrafamiliar o lesiones personales

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, así como en virtud del Auto del 14 de junio de 2018, en virtud del cual la Sala de Selección de Tutelas Número Seis decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia y, por reparto, le correspondió al suscrito Magistrado sustanciador.

Mediante Auto del 17 de agosto de 2018[36], la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional decidió suspender el proceso de la referencia hasta tanto no se allegaran las pruebas que fueron practicadas y éstas no hubiesen sido valoradas.

B. CUESTIÓN PREVIA: LA PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

1. Legitimación por activa: El artículo 86 de la Constitución establece la facultad que tiene toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados. El Decreto 2591 de 1991, establece la legitimidad para interponer este tipo de acciones en su artículo 10º, el cual señala que ésta puede ser presentada (i) directamente por el afectado; (ii) a través de su representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial o; (iv) por medio de un agente oficioso. En el caso que ocupa la atención de la Sala, la señora Viviana, quien actúa a través de apoderado, manifiesta expresamente que presenta la acción constitucional como representante legal de sus dos hijas, menores de edad, motivo por el cual está legitimada para interponer la tutela con el fin de que se protejan los derechos presuntamente transgredidos de estas niñas, como titulares de las prerrogativas invocadas como vulneradas[37].

2. Legitimación por pasiva: La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad o del particular, con el cumplimiento de ciertas condiciones,

contra quien se dirige la acción, para eventualmente ser llamada a responder por la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte suficientemente demostrada. En el caso objeto de revisión, el amparo constitucional se interpone en contra de dos sujetos procesales: (a) De un lado, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, autoridad de naturaleza pública creada por la Ley 075 de 1968, “como establecimiento público, esto es, como una entidad dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio”[38]. Al respecto, tanto el artículo 86 de la Constitución, como los artículos 1º y 13º del Decreto 2591 de 1991, establecen que la tutela procede contra cualquier autoridad pública. Por lo tanto, es posible concluir que el ICBF está legitimado por pasiva en el caso objeto de análisis.

(b) De otro lado, la acción de tutela va dirigida contra Jaime, padre de las dos menores de edad en nombre de quienes se interpone el amparo, quien ostenta actualmente su custodia dando cumplimiento a lo conciliado ante la Defensoría de Familia, Centro Zonal Sincelejo, el 10 de enero de 2018. La jurisprudencia constitucional ha dispuesto que la acción de tutela procede contra particulares en tres eventos, a saber cuando: (i) prestan un servicio público; (ii) la conducta del particular afecta grave y directamente el interés colectivo y, (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión frente al particular. El estado de indefensión “se manifiesta cuando la persona afectada en sus derechos por la acción u omisión del particular, se encuentra inerme o desamparada, esto es, sin medios físicos o jurídicos de defensa, o cuenta con medios y elementos insuficientes para resistir o repeler la vulneración o amenaza de su derecho fundamental. De allí que en cada caso concreto, debe el juez de tutela apreciar los hechos y circunstancias, con el fin de determinar si se está frente a una situación de indefensión, para que proceda la acción de tutela contra particulares”[39]. De igual forma, la jurisprudencia de este tribunal ha especificado situaciones puntuales que pueden revelar la condición de indefensión, entre las que se encuentra la minoría de edad[40]. Por lo anterior, teniendo en cuenta que la presunta vulneración iusfundamental y la supuesta afectación en el desarrollo integral de las menores de edad Laura y Alejandra se estaría configurando por el hecho de convivir con su progenitor, abuela y tía paterna, lejos de su madre (ahora accionante), mientras que el señor Jaime ostenta su custodia, circunstancia que las deja en una clara situación de indefensión, toda vez que es su padre quien tiene actualmente el cuidado de las menores de edad. En razón de esto, se concluye que se encuentra legitimado por pasiva, no obstante ser un particular, atendiendo el principio de interés superior del menor que debe orientar al

juez constitucional en casos como el presente, de manera que se pueda verificar si afirmaciones como las planteadas en el escrito de tutela puedan, estar presentándose en la realidad.

3. Inmediatez: Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. En el caso concreto, la Sala observa que los hechos que la accionante considera que vulneran los derechos fundamentales de sus hijas menores de edad se configuraron el día 10 de enero de 2018, fecha en que se celebró ante el ICBF la audiencia de conciliación que le otorgó al padre de las niñas su custodia, mientras que la acción de tutela fue interpuesta el 31 de enero del mismo año; término que ni siquiera supera un (1) mes calendario, razón por la cual la Sala lo considera como un plazo prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos supuestamente vulnerados. La anterior conclusión encuentra un segundo argumento de peso, debido a que los efectos de la conciliación extrajudicial que dieron origen a la presunta vulneración, continuarían presentándose con el paso del tiempo, mientras que las niñas sigan bajo la plena custodia de su progenitor. Así, la Sala encuentra plenamente acreditado el requisito de inmediatez.

4. Subsidiariedad: El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela constituye un mecanismo de protección de derechos fundamentales de carácter residual y subsidiario, es decir, que únicamente será procedente cuando no exista otro medio de defensa judicial, o cuando se pretenda evitar un perjuicio irremediable. En virtud de su naturaleza subsidiaria, la jurisprudencia ha descartado “la utilización de la tutela como vía preferente para el restablecimiento de los derechos”[41] y ha reconocido que tal calidad “obliga a los asociados a incoar los recursos ordinarios con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos y que impide el uso indebido de la acción como vía preferente o instancia adicional de protección”[42]. En cualquier caso, deberá verificarse si los mecanismos judiciales ordinarios resultan eficaces para la protección del derecho, pues en caso de que así no sea, la acción de tutela será procedente.

5. Al respecto, la sentencia T-222 de 2014 manifestó: “[e]ste requisito de subsidiariedad implica, en otros términos, que el amparo constitucional procede siempre y

cuando, en principio, no exista en el ordenamiento jurídico otro mecanismo judicial para defender el derecho que se discute. La idea es que la tutela no se convierta en un sustituto ni en una vía paralela a otras instancias. Precisamente, todos los procesos judiciales deberían, como en efecto tiene que suceder, ser los principales guardianes y defensores de los derechos fundamentales de las personas. Los primeros llamados a protegerlos son los jueces ordinarios (Artículo 4 CN). A partir de allí, esta Corporación ha fijado unas reglas que deben tenerse en cuenta”.

6. Acto seguido, la mencionada sentencia T-222 de 2014, al realizar el examen de subsidiariedad, afirmó que dicho análisis no finaliza con corroborar la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, sino que, además, implica verificar que dicho medio de defensa sea idóneo y eficaz, puesto que en caso de no serlo, la acción de tutela será el mecanismo indicado para proteger los derechos fundamentales y en consecuencia evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

7. La eficacia consiste en que el mecanismo judicial esté “diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho”[43]. Es decir, que una vez resuelto por la autoridad judicial o administrativa competente, tenga la virtualidad de garantizarle al solicitante oportunamente el goce del derecho. A su vez, se entiende que una acción judicial es inidónea, cuando “no permite resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido”[44].

8. Igualmente, en consonancia con los artículos 86º Constitucional y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela también podrá interponerse como mecanismo transitorio, cuando existiendo un mecanismo judicial principal, la intervención del juez constitucional resulta imperativa para evitar que se configure un perjuicio irremediable, el cual debe ser inminente, grave, urgente e impostergable. Lo anterior, implica que se caracteriza por ser “(i) una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”[45].

Mecanismos de defensa administrativos y judiciales existentes en el ordenamiento jurídico

colombiano para decidir respecto de la custodia y el cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes

9. En lo que tiene que ver con la fijación de la custodia, el cuidado personal y el régimen de visitas y alimentos de los niños, niñas y adolescentes, los artículos 23º y 24º del Código de la Infancia y de la Adolescencia[46] establecen, respectivamente, que todos los menores de edad “tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar, social o institucional, o a sus representantes legales” y que, en ese sentido, “tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes (...)”. En desarrollo de lo anterior, el legislador estableció mecanismos para garantizar el cumplimiento de las obligaciones paternas relacionadas con la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

10. En ese sentido, un primer mecanismo es el contenido en el artículo 31º de la Ley 640 de 2001[47], 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[48] 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[49], cualquiera de las partes puede llevar la controversia ante un Juez de Familia que, mediante sentencia de única instancia y a través de un proceso judicial verbal sumario, resolverá respecto de las pretensiones presentadas.

13. En efecto, el artículo 21º de la norma antes citada establece que corresponde conocer a los jueces de familia, en única instancia, “(...) 3. De la custodia, cuidado personal y visitas de los niños, niñas y adolescentes, sin perjuicio de la competencia atribuida a los notarios (...)”. En ese mismo sentido, el numeral 3º del artículo 390 refiere que se tramitarán mediante proceso verbal sumario “las controversias que se susciten respecto del ejercicio de la patria potestad, las diferencias que surjan entre los cónyuges sobre fijación y dirección del hogar, derecho a ser recibido en este y obligación de vivir juntos y salida de los hijos menores al exterior y del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes”. Con anterioridad a la vigencia de la citada norma, tanto el Decreto 2272 de 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[52].

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”[53]. 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”[54].

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”[55].

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

18. Ahora bien, pese a que en el ordenamiento jurídico existen mecanismos idóneos para

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

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

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

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:

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[60].

C. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

27. A la Sala le correspondió resolver si la acción de tutela es procedente para resolver respecto de la legalidad de un acta de conciliación suscrita por intermedio del ICBF, mediante la cual se decidió respecto de la custodia y el cuidado personal de dos menores de edad.

28. Como resultado de las sub-reglas jurisprudenciales analizadas en la parte motiva de esta providencia, observa la Sala lo siguiente:

28.1. La acción de tutela, en principio, no es el mecanismo para resolver acerca de la definición de la custodia y el cuidado de los niños, niñas y adolescentes en Colombia, como quiera que existen en el ordenamiento jurídico mecanismos extrajudiciales y judiciales idóneos que permiten a los padres resolver respecto de estos aspectos fundamentales para velar por la protección y la garantía de los derechos de los menores de edad.

28.2. Sin embargo, lo anterior no es óbice para que el juez de tutela verifique, en cada caso en concreto, si los mecanismos de defensa ordinarios no son eficaces para resolver la situación fáctica y jurídica puesta en su conocimiento, ya sea porque los menores de edad se encuentran en tal situación de amenaza que exija la intervención inmediata del juez

constitucional para salvaguardar de manera sus derechos, o porque, de no existir una orden judicial pronta, exista el riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela podrá ser concedida de manera transitoria.

28.3. La Sala concluyó que en atención a que, prima facie, las niñas no se encuentran en un riesgo que amerite la intervención del juez constitucional y que, por ende, corresponde a las autoridades administrativas y judiciales competentes definir respecto de la custodia y el cuidado de ambas menores, la acción de tutela, en el caso en concreto, es improcedente por no acreditar el requisito de subsidiariedad.

29. Por todo lo anterior, la Sala Cuarta de Revisión revocará la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre el día 16 de marzo de 2018, mediante la cual se decidió negar el amparo de los derechos fundamentales, para en su lugar confirmar la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo el 13 de febrero de 2018, a través de la cual se decidió declarar improcedente la acción de tutela, pero por las razones expuestas en el presente fallo.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión en los términos en el proceso de la referencia.

SEGUNDO: PROTEGER el derecho a la intimidad de la accionante, las niñas y de su padre, por lo cual sus nombres no podrán ser divulgados y el presente expediente queda bajo estricta reserva, y sólo podrá ser consultado por los directamente interesados. La secretaria general de la Corte Constitucional y el secretario del Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo, que decidió en primera instancia el presente caso, deberán garantizar esta estricta reserva.

TERCERO: REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Primera de

Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre el día 16 de marzo de 2018, mediante la cual se decidió negar el amparo de los derechos fundamentales invocados. En su lugar, CONFIRMAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo el 13 de febrero de 2018, a través de la cual se declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Viviana, en representación de sus dos hijas menores de edad, pero por las razones expuestas en el presente fallo.

CUARTO: LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes -a través de la Juzgado Sexto Administrativo Oral de Sincelejo.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Así se dio desde las primeras providencias en la materia, como la sentencia T-041/96

[2] El 31 de enero de 2018.

[3] Folio 22, cuaderno N° 2.

[4] Folio 24, Cuaderno N°2.

[5] Folio 23, Cuaderno N°2.

[6] Folio 2, Cuaderno N°2.

[7] No se especifica la fecha.

[8] Hechos numero 9 al 12, folio 3, Cuaderno N°2.

[9] Hecho número 14, Folios 3-4, Cuaderno N°2.

[10] Hecho número 19, Folio 4, Cuaderno N°2.

[11] Hecho número 21, Folio 4, Cuaderno N°2.

[12] Hecho número 27, Folio 5, Cuaderno N°2.

[13] Hecho número 31, Folio 5, Cuaderno N°2.

[14] Ibídem

[15] Hecho 33, Folio 5, Cuaderno N°2.

[16] Hecho 42, Folio 6, Cuaderno N°2.

[17] Hecho 34, folios 5-6, Cuaderno N°2.

[18] Folio 25, Cuaderno N°2.

[19] Hecho 45, Folio 7, Cuaderno N°2.

[20] Hechos 47-50, Folio 7, Cuaderno N°2.

[21] Folio 106, Cuaderno N°2.

[22] Folios 13-15 del cuaderno de revisión.

[23] En el numeral sexto del auto del 17 de agosto de 2018, el Magistrado sustanciador ordenó poner a disposición de las partes o de los terceros con interés las pruebas recibidas, en cumplimiento del artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015.

[24] “ (...), OFÍCIESE a la señora Viviana, para que dentro del primer (1) día hábil siguiente al recibo de la notificación del presente auto, a nombre propio o a través de su apoderado, se sirva informar a este despacho:

¿Cuáles son los elementos de pruebas que tiene para considerar que existieron presiones durante el desarrollo de la audiencia de conciliación que se celebró en el Centro Zonal Sincelejo de la Regional Sucre del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar?

Acerca de los presuntos actos de violencia perpetrados por el señor Jaime en contra del núcleo familiar. Particularmente, remita a este despacho judicial los elementos probatorios que tenga en su poder y que permitan inferir este hecho”.

[25] “(...) OFÍCIESE al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, para que dentro del primer (1) día hábil siguiente al recibo de la notificación del presente auto, a través de su representante legal o apoderado, se sirva informar a este despacho Si tiene dentro de sus archivos algún expediente administrativo o alguna denuncia interpuesta por la señora Viviana por actos de violencia intrafamiliar”.

[26] “(...), OFÍCIESE al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, para que dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes al recibo de la notificación del presente auto y por intermedio de la Regional Sucre, con el respeto de las garantías de los niños, niñas y adolescentes establecidas en la Constitución, en la Ley 1098 de 2006 y en los instrumentos internacionales que sobre la materia ha suscrito Colombia, se recaude el testimonio de las menores LFMR e ISMR, respecto de los siguientes aspectos:

Durante el tiempo que convivieron con sus dos padres ¿cómo era la relación al interior del núcleo familiar?

¿En algún momento, existió algún tipo de agresión o violencia, física o psicológica al interior del núcleo familiar, incluidos el padre, la madre, la abuela o las otras personas que convivían en el hogar?

En este momento que están bajo la custodia del padre ¿Cómo se desarrolla la convivencia entre ellos? y ¿Cuál es el trato que éste les brinda?

¿Existe o ha existido algún tipo de condicionamiento en contra de la madre por parte del

padre o de cualquier otra persona del lugar donde residen actualmente?

Se advierte que las anteriores preguntas no implican que éstas deban ser realizadas textualmente a las niñas, sino se trata de los aspectos respecto de los cuales se debe procurar obtener su testimonio. El recaudo de estos testimonios debe desarrollarse en adecuadas condiciones para proteger sus derechos, sin ningún tipo de presión o apremio que genere estrés, angustia o sentimientos de culpa en ellas. Por lo tanto, la diligencia debe desarrollarse con el apoyo de personal capacitado en el recaudo de testimonios de menores de edad y con asistencia psicológica”.

[27] “(...) OFÍCIESE a la Fiscalía General de la Nación, para que dentro del primer (1) día hábil siguiente al recibo de la notificación del presente auto, a través de su representante legal o apoderado, se sirva informar a este despacho si en esa dependencia existe evidencia de alguna denuncia penal interpuesta por la señora Viviana en contra del señor Jaime particularmente, por los delitos de violencia intrafamiliar y lesiones personales”.

[28]“(...) OFÍCIESE a la Policía Nacional, para que dentro del primer (1) día hábil siguiente al recibo de la notificación del presente auto, a través de su representante legal o apoderado, se sirva informar a este despacho si en esa dependencia existe evidencia de alguna denuncia interpuesta por la señora Viviana en contra del señor Jaime particularmente, por los delitos de violencia intrafamiliar y lesiones personales”.

[29] Folios 32-48 del cuaderno de revisión.

[30] Folios 49 -68 del cuaderno de revisión del expediente de tutela.

[31] Folios 50-68 del cuaderno de revisión del expediente de tutela.

[32] Copia de la autorización notariada del señor Jaime visible en el folio 54 del cuaderno de revisión del expediente de tutela.

[33] De acuerdo con la copia del formato informe de valoración socio familiar de verificación de derechos del 21 de mayo de 2018 visible en los folios 55-58 del cuaderno de revisión de la acción de tutela. En este informe, consta que se programó nueva diligencia de conciliación de custodia y cuidado de las menores para el día 6 de septiembre de 2018 a las 9:00 am, en las instalaciones de la casa de justicia de la ciudad de Tunja.

[34] Ver concepto integral en los folios 62 y 63 del cuaderno de revisión del expediente de tutela.

[35] Ver folio 70 del cuaderno de revisión del expediente de tutela.

[36] Ver Auto en los folios 13-15 del cuaderno de revisión de la acción de tutela.

[37] Ver Sentencia T-466/16.

[39] Sentencia T-012/12.

[40] Sentencia T-438/10.

[41] Ver, sentencia T-603/15.

[42] Ibídem

[43] Sentencia T-113/13.

[44] Sentencia T-471/14.

[45] Sentencia T-702/08.

[46] Ley 1098 de 2006.

[47] Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

[48] Artículo 1º de la Ley 640 de 2001.

[49] Ley 1564 de 2012.

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

[51] Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones.

[52] Ver sentencias C-269/98, C-718/12 y T-311/17.

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

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

[55] Ver sentencia C-569/16.

[56] Medidas de Restablecimiento de los Derechos. Artículo 50 y subsiguientes de la Ley 1098 de 2006.

[57] Lo anterior, de conformidad con el oficio remitido a esta corporación el día 29 de agosto de 2018 por parte del ICBF y que obra en el folio 49 del cuaderno de revisión de la acción de tutela.

[58] Ley 1098 de 2006.

[59] Ibídem.

[60] Ver copia del acta del ICBF en folios 55 y 60 del cuaderno de revisión del expediente de tutela.