



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Civil



AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO
Magistrado ponente

STC16972-2016

Radicación n.º 25000-22-13-000-2016-00407-01

(Aprobado en sesión de veintitrés de noviembre de dos mil dieciséis)

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Se decide la impugnación interpuesta contra el fallo proferido el 25 de octubre de 2016 por la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, dentro de la acción de tutela promovida por Sandra Patricia Beltrán Veloza, en representación de su menor hijo J.A.A¹, contra el Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia y la Defensoría de Familia del ICBF de Amazonas, a cuyo trámite fueron vinculados las partes e intervinientes en el asunto objeto de la queja constitucional.

¹ De aquí en adelante para resguardar el derecho a la intimidad del niño conforme al artículo 33 de la Ley 1098 de 2006.

ANTECEDENTES

1. La promotora, a través de apoderado judicial, reclama la protección constitucional al debido proceso, a *«tener una familia y no ser separado de ella»* y a la *«integridad familiar»*, presuntamente vulnerados por las autoridades encausadas.

En consecuencia, solicita dejar sin valor y efecto **i).** *«el auto... de 27 de mayo de 2016 del Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia»* y **ii).** *«la Resolución No. 033 proferida el 3 de junio de 2016 por la Defensoría de Familia del Centro Zonal Leticia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Amazonas»* (folios 34 a 71).

2. De lo que reposa al interior del expediente y las pruebas recaudadas, se extrae que su queja se sustenta, en síntesis, en lo siguiente:

2.1. Oscar Javier Alvarado Reina como padre biológico del menor J.A.A, el 2 de diciembre de 2015 solicitó ante la Defensoría de Familia – Centro Zonal Leticia la *«verificación de situación y garantía de los derechos del menor»*, por cuanto la madre Sandra Patricia del Águila², había abandonado el hogar, *«generando maltrato físico y psicológico hacia el menor»*.

2.2. El 3 de febrero de 2016 se practicó valoración psicológica al infante en la que se evidenció una adecuada

² Hoy Sandra Patricia Beltrán Veloza, por cambio voluntario de nombre.

condición de higiene, desarrollo psicomotor acorde a su edad, no obstante, *«presenta un perfil en riesgo para su edad y desarrollo, debido a su retraso en el lenguaje»*.

2.3. En consecuencia, la Defensoría de Familia del Centro Zonal de Leticia del ICFB – Amazonas, ordenó iniciar el proceso de restablecimiento de derechos del niño, decretando pruebas y disponiendo su custodia provisional a cargo de la familia extensa, en este caso entregándolo a la abuela paterna.

2.4. Adelantado el trámite administrativo y siguiendo con la etapa probatoria y ante la renuencia de la promotora a la firma de las notificaciones de las actuaciones administrativas y su inasistencia a la conciliación para establecer horarios de visitas del niño, el ICBF Regional – Amazonas, con Resolución No. 033 de 3 de junio de 2016, entre otras cosas, declaró *«en situación de vulnerabilidad de... derechos»* al menor, *«el restablecimiento de [sus]... garantías ... confirm[ó] [su] medida [provisional]..., esto es mantener su ubicación en el medio familiar – familia extensiva con CLARA ALICIA REINA CASTILLO abuela paterna, como el otorgamiento de la custodia y cuidado personal provisional a favor del niño J.A.A....; traslad[ando] la historia de atención... [del infante] al Juzgado Promiscuo de Familia, a fin de que se restablezca a través de sentencia definitiva la custodia, tenencia y cuidado personal del niño... teniendo en cuenta que [en] el mismo despacho judicial... cursa el Proceso Radicado No. 910013184001201600071»*.

2.5. Sostuvo que la referida resolución no le fue notificada, que cuenta «*con un aval irregular del Juzgado de Familia de Leticia*», situación que le impide controvertir dicho acto con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

2.6. Por otra parte, ante el estrado judicial criticado Oscar Javier Alvarado Reina promovió proceso de custodia, cuidado personal y alimentos a favor del J.A.A contra la accionante, última que relató que «*sin haberse notificado y dado traslado en debida forma a la demandada ni conformado la litis..., [el Juzgado] decret[ó] pruebas[,] previ[o] a admitir la demanda y profiri[ó] auto... el 27 de mayo de 2016... deja[ndo] incólume la medida adoptada por la Defensoría de Familia ... que trata de la ubicación del menor en cabeza de la abuela paterna... CLARA ALICIA REINA CASTILLO*».

2.7. Agregó que la decisión de mantener la medida de ubicación del infante en la familia extensa vulnera su prerrogativa al debido proceso por cuanto fue dictada en el proceso de «*custodia y no en el de homologación de restablecimiento de derechos*»; a más dicho proveído no cuenta «*con un respaldo probatorio ni jurídico que [lo] sustente..., pues del informe de Trabajo Social no se infiere, ni puede ser... la inhabilitación del ejercicio de los derechos y prerrogativas que la... ley le confieren como madre... y el de tener a su lado a sus hijos, en su hogar, así sea en*

condiciones de humildad, carencias o de limitaciones materiales, pero con todo afecto, miramiento, cuidado y respeto».

RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS Y VINCULADOS

1. El Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia – Amazonas, señaló que la decisión de mantener la custodia provisional del menor en cabeza de la abuela paterna, tiene como base el informe dado por la Asistente Social, quien encontró que no reportó amenaza ni vulneración de los derechos, sino garantía y restablecimiento de los mismos a favor del J.A.A, contrario a la visita efectuada a la accionante quien *«se mostró evasiva en algunas de las preguntas brindando información incompleta»*, a más impidió el ingreso a la vivienda.

Añadió que en el asunto cuestionado no se ha tomado decisión de fondo, destacando que la audiencia inicial está fijada para el próximo 23 de noviembre y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (folios 82 a 83).

2. La Procuradora 197 Judicial I para la Defensa de la Infancia, Adolescencia y Familia de Leticia relacionó sus actuaciones en el asunto administrativo, señalando que el mismo se encuentra archivado (folio 84).

3. La Defensoría de Familia del ICBF – Regional Amazonas – Centro Zonal Leticia, se refirió a los hechos de la acción tuitiva, pidió denegar el amparo al considerar que

se incumple con el requisito de subsidiariedad, pues la resolución de 3 de junio de 20 allí 16 no fue censurada por la partes.

Anotó que la accionante desea confundir, mezclando actuaciones diferentes, pues, *«por un lado se tramitó ante la defensoría una solicitud de custodia identificado en el sistema de información misional SIM bajo el número 23013915 de fecha 18 de diciembre de 2015, la cual fue declarada fallida por inasistencia de la solicitante Sandra Patricia Beltrán Veloza, según se evidencia..., dejando en libertad a las partes para acudir a la jurisdicción ordinaria. Esta situación originó el proceso judicial adelantado en el Juzgado de Familia con número de radicado 9100131840012016000071»*.

Agregó que *«el proceso administrativo de restablecimiento de derechos se originó como consecuencia de un oficio presentado por el progenitor e ingresado al sistema de información misional SIM número 23013796 de fecha 2 de diciembre de 2015, que luego de realizar la verificación de derechos del niño J.A.A. se procedió a emitir un concepto integral por parte del equipo interdisciplinario, tomando la decisión de ubicar al niño con familia extensa abuela paterna de conformidad con el artículo 53 numeral 3 y 56 de la Ley 1098 de 2006, seguidamente dando cumplimiento al trámite establecido en los artículos 100 y 101, garantizando los derechos de los intervinientes el día 3 de junio de 2016 se resolvió la situación jurídica del niño*

declarándolo en vulneración y confirmando la medida adoptada en el auto de apertura».

Concluyó que *«se encuentra probado que la decisión tomada por el Juzgado de familia el 27 de mayo de 2016 corresponde al proceso de custodia, el cual es diferente como se evidencia en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor del niño J.A.A., que finalizó con la decisión del 3 de junio de 2016, de tal suerte que es[e] acto administrativo pudo ser debatido en instancias administrativas»* (folios 86 a 91).

4. Berta González Rivera, extemporáneamente, aportó escrito indicando actuar como mandataria judicial de Oscar Javier Alvarado Cuarto, sin anexar poder especial para actuar en este trámite constitucional, por lo que su manifestación no se tiene en cuenta (folios 121 a 123).

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El *a quo* constitucional negó la tutela tras concluir que respecto al trámite administrativo de restablecimiento de derechos del niño, incumple con el requisito de subsidiariedad, pues la accionante estuvo enterada de las actuaciones allí adelantadas y frente a la Resolución No. 033 de 3 de junio de 2016, con la que culminó ese procedimiento, no interpuso ninguna censura, lo que implicó que tampoco debiera agotarse la homologación ante el Juzgado de Familia, pues no existió oposición.

Respecto a la queja frente al proveído de 27 de mayo de 2016, proferido por la sede judicial encausada, refirió que la queja se tornaba prematura, pues el 14 de septiembre de 2016 se decretaron las pruebas pedidas por las partes, las cuales se evacuaran en audiencia el próximo 23 de noviembre (folios 100 a 113).

LA IMPUGNACIÓN

La formuló la gestora del amparo, reiterando los argumentos del libelo genitor (folios 157 a 158).

CONSIDERACIONES

1. Al tenor del artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo instituido para la protección de los derechos fundamentales, cuando sean conculcados o seriamente amenazados por la acción o la omisión ilegítima de una autoridad pública o, en determinadas hipótesis, de los particulares, siempre y cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

De la misma forma, se ha señalado que, en línea de principio, esta acción no procede respecto de providencias judiciales, salvo que el funcionario adopte una decisión por completo desviada del camino previamente señalado, sin ninguna objetividad, a tal extremo que configure el proceder denominado «*vía de hecho*», situación frente a la cual se abre camino el amparo para restablecer los derechos

fundamentales conculcados, siempre y cuando se hayan agotado las vías ordinarias de defensa judicial, dado el carácter subsidiario y residual de la tutela y, por supuesto, se observe el requisito de la inmediatez connatural a su ejercicio.

2. La Convención Sobre los Derechos del Niño, resalta la importancia que para éste implica pertenecer a una familia y no ser separado de ella, pues el menor necesita del afecto, amor y cuidado que le brindan los suyos, para su desarrollo integral y es indiscutible que al interior del seno familiar encuentra el mejor escenario para su desarrollo armónico. Solo podrá ser excepcionalmente, cuando las autoridades competentes observen de conformidad con la ley y los procedimientos, que tal separación es necesaria por la protección integral y en el interés superior del niño.

Estas razones se ratifican en la legislación Colombiana, a través de la Ley 12 de 1991 que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en cuyo artículo 9º dispuso que *«los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño ...»*

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto, expreso:

...la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.

El artículo 44 de la Carta Magna establece:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud,... a tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y el amor... Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física y moral... Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos....

3. En el caso *sub exime* la queja radica contra: **(i)**. la Resolución No. 033, proferida el 3 de junio de 2016 por la Defensoría de Familia del Centro Zonal Leticia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Regional Amazonas, dentro de la actuación administrativa en donde le entregan la custodia del niño a la abuela paterna; y **(ii)** el auto de 27 de mayo de 2016, emitido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Leticia en el juicio de custodia y cuidado personal a favor de J.A.A y se rectifica la medida tomada en la actuación administrativa.

En primer lugar, frente a la queja planteada contra la aludida Resolución No. 033 de 3 de junio de 2016, surge patente la falta de vocación de prosperidad del amparo rogado, debido a que la gestora tenía a su alcance el recurso de reposición contra el acto que critica, medio ordinario de defensa que era procedente para exponer las quejas aquí traídas, circunstancia que evidencia el descuido en el uso de los instrumentos legales para la defensa de sus derechos, máxime cuando tampoco reclamó la homologación de esa decisión ante el Juez de Familia.

Nótese que en la parte final de la resolución atacada se resaltó que *«contra la presente decisión procede el recurso de reposición o la homologación si dentro de los cinco (5) o veinte (20) días siguientes (según corresponda) a su ejecutoria algunas de las partes o el Ministerio Público lo solicita»*; ahora, debe resaltarse que aunque las partes no asistieron a la audiencia de práctica de pruebas y fallo llevada a cabo el 3 de junio de 2016, lo cierto es que la notificación de las determinaciones allí adoptadas para *«las partes que no comparecieron a la respectiva audiencia»* se surtió con la fijación de los avisos respectivos en la sede de la Defensoría de Familia (folio 28 a 29, cuaderno 1).

Por otra parte se resalta la desidia de la actora de colaborar en el trámite administrativo, cuantas veces se le cito y nunca asistió, en aras de fortalecer la relación materna con su pequeño hijo, y que hora se queja en este amparo. De ahí que el estatuto de la infancia señale que los niños sólo podrán ser separados de la familia cuando ésta

no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos³.

Por otra parte, en lo referente al aspecto procesal la Corte ha sido enfática en que si el gestor de la salvaguarda «desperdió las diferentes oportunidades procesales»:

...es inadmisibile la pretensión de recurrir tal actuación por esta vía extraordinaria o de tratar de recuperar mediante ese instrumento tal posibilidad, puesto que no ha sido diseñado para rescatar términos derrochados, - pues los mismos son perentorios e improrrogables, tal y como lo prevé el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil -, ni para establecer una paralela forma de control de las actuaciones judiciales, circunstancia que, acorde con reiterada jurisprudencia, impide la intervención del Juez constitucional en tanto no está dentro de la órbita de su competencia suplir la incuria, los desaciertos o descuidos de las partes en el ejercicio de sus facultades, cargas, o deberes procesales, pues esa no es la finalidad para la cual se instituyó la tutela. (CSJ STC, 6 jul. 2010, rad. 00241-01, reiterada, entre muchas otras, en STC, 5 abr. 2011, rad. 00015-01)

Además, en cuanto a la eficacia del remedio horizontal, la Sala ha expuesto:

... Y, no se diga que el recurso de reposición es ineficaz porque el funcionario que emitió el proveído recurrido es quien lo resuelve, ya que de aceptarse tal aserto lo que se pondría en entredicho sería la idoneidad y utilidad de dicho medio impugnativo, supuestamente porque la autoridad judicial, en principio, no variaría su decisión, razonamiento que la Corte considera deleznable, si se tiene en cuenta que lo que animó al legislador para instituirlo como mecanismo de defensa fue el de brindarle al juez de conocimiento una oportunidad adicional para que revise su determinación y, si hubiere lugar a ello, que la enmiende, propósito que, aparte de acompasar con los principios de economía y celeridad procesal, asegura desde un comienzo el

³ Artículo 22-inciso 2, Ley 1098 del 2006.

derecho de contradicción de los sujetos intervinientes, especialmente en asuntos que se tramitan en única instancia (...) (CSJ. STC, 28 mar. 2012, rad. 2012-00050-01, reiterada STC, 15 may. y 17 oct. 2012, rads. 2012-00017-01 y 2012-02127-00).

Así mismo, como la promotora desperdició la oportunidad de que se surtiera la homologación de la Resolución objeto de censura ante el Juzgado de Familia de Leticia, siendo ese el escenario para formular las alegaciones traídas en la tutela, esta resulta improcedente, de no olvidar que «...lo[s] falladores, no tienen restringida sus decisiones a[l] resolver sobre la aprobación o no de la determinación de los Defensores de Familia, sino que pueden también dar otras instrucciones para velar por el respeto de los derechos fundamentales de los implicados en el trámite, en especial, debe salvaguardar el interés prevalente de niños, niñas y adolescentes (CSJ STC10113-2016, 22 jul. 2016, rad. 2016-00091-01).

4. En segundo lugar, respecto a la determinación adoptada frente a la custodia del menor en proveído de 27 de mayo de 2016, proferido dentro del proceso judicial de custodia, cuidado personal y alimentos adelantado por Oscar Javier Alvarado a favor del infante, se tiene que la queja se torna prematura, pues allí no se ha dictado decisión definitiva sobre a cargo de quien quedará el menor destacando que la misma de manera provisional quedó en cabeza de la abuela paterna.

En efecto, de lo que reposa al interior del proceso, se tiene que se decretaron las pruebas pedidas por las partes y

se fijó el próximo 23 de noviembre para audiencia inicial, donde la accionante puede exponer sus argumentos observando que las circunstancias que dieron lugar a la medida provisional pueden variar para garantizar los derechos del menor y de su núcleo familiar.

Sobre el ejercicio prematuro de este mecanismo, se ha plasmado:

...es palmario que la tutela no es un mecanismo que se pueda activar, según la discrecionalidad del interesado, para tratar de rescatar las oportunidades perdidas, como tampoco para reclamar prematuramente un pronunciamiento del juez constitucional, que le está vedado, por cuanto no puede arrogarse anticipadamente facultades que no le corresponden, con miras a decidir lo que debe resolver el funcionario competente (CSJ STC, 31 mar. 2016, rad. 00067-01).

5. Lo expuesto impone respaldar el fallo de primer grado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el fallo impugnado.

Comuníquese mediante telegrama a los interesados y remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

LUIS ALONSO RICO PUERTA

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA