



**JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL
DE GUATAQUI CUNDINAMARCA**
jprmpalguataqui@cendoj.ramajudicial.gov.co

REF: ACCION DE TUTELA No. 2021 – 00037
 ACCIONANTE. YASMIN ESPINOSA BOCANEGRA
 ACCIONADO. COMISARIA DE FAMILIA GUATAQUI y otro.

Guataquí, Cund., veintiuno (21) de junio dos mil veintiuno (2021).

I. ASUNTO POR TRATAR:

Decide el Despacho en primera instancia, la acción de tutela promovida por la señora Yasmin Espinosa Bocanegra contra la Comisaría de Familia de Guataquí. Se dispuso la vinculación del señor Javier Riveros Roa.

II. LA ACCION INSTAURADA:

Solicita la accionante se tutele los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, y el derecho de su hijo a tener una familia y a no ser separado de ella.

Para tal efecto indicó que convivió con el señor JAVIER RIVEROS ROA por 5 años aproximadamente y de esa unión nació el menor JIMY SAMUEL RIVEROS ESPINOSA el 26 de marzo de 2016.

Que decidió separarse del señor JAVIER RIVEROS ROA debido a su constante estado de embriaguez e irresponsabilidad con los gatos del hogar, razón por la cual decidió llamarlo a conciliar ante la Comisaria de Familia de Guataquí, donde de común acuerdo el 11 de diciembre de 2020 se estableció que la custodia y cuidado personal de JIMY SAMUEL la tendría ella, se fijó una cuota de alimentaria de 100 mil pesos quincenales, se regularon las visitas y se acordaron los gastos de salud, educación y vestido.

Que fue citada para el 04 de junio de este año a otra audiencia de conciliación en la comisaria de familia con el padre del niño, donde el señor solicitaba que le dejara tener más tiempo al niño, y especificó que su intención no era quitarme a mi hijo, que él no permanecía en la casa porque viajaba por cuestiones laborales, pero que sus hijas se encargaban de cuidar a JIMY, motivo por el cual no accedí a su solicitud y la comisaria declaró fracasada la conciliación.

Sin embargo, en el acta de esa conciliación la Comisaria de Familia decidió con base en unos supuestos informes y conceptos de seguimiento efectuados por el equipo psicosocial, a los que no tuve acceso, ordenar sin fundamento legal ni constitucional alguno, que a partir de esa fecha y hasta el 27 de diciembre de 2021 la custodia y cuidado de JIMY SAMUEL quedara a cargo de su progenitor, sin tener en cuenta lo manifestado por el señor JAVIER cuando dijo claramente que su intención no era quitarle al niño, vulnerando abiertamente mis derechos fundamentales y los derechos de mi hijo.

Señala para culminar que desde el embarazo ha sido quien ha velado por el cuidado y protección de JIMY SAMUEL, ha sido responsable en su desempeño como madre, le han sido cubiertas todas sus necesidades tanto físicas como emocionales, no le ha faltado nada en casa, no ha sufrido ningún tipo de abuso ni abandono, motivo por el cual tampoco se justifica la decisión desafortunada de la Comisaria de familia.

III. PRONUNCIAMIENTO DE LAS ACCIONADAS:

Las accionadas fueron notificadas legalmente y dentro del término de traslado se pronunciaron de la siguiente manera:

1.- Comisaría de Familia: sobre los hechos manifestó que algunos no les constaba y otros eran parcialmente ciertos aduciendo como soporte de lo anterior que a folio 41 a 59 obran los informes de psicología y trabajo social los cuales se encuentran firmados por la accionante donde se exponen carencias y compromisos a cumplir en cuanto a la crianza.

Agrega que la acción de tutela debe declararse improcedente por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad ya que la accionante en su solicitud de recurso de ley fechado el día 8 de junio de 2021 manifestó su inconformidad por escrito y solicitó “redimir” al Juez de conocimiento, trámite que se encuentra precitado en el art. 111 numeral 2 de la ley 1098 de 2006, el cual el Despacho por auto del 8 de junio le había concedido dicha solicitud, como consta a folio 85 de la carpeta a nombre de Jimmy Samuel Riveros Espinosa.

Luego de citar algunos apartes jurisprudenciales solicita se declare improcedente la tutela y termina diciendo que la Comisaria de Familia no ha amenazado ni violentado los derechos al debido proceso, a la igualdad, a la familia y a no ser separada de ella.

2.- JAVIER RIVEROS ROA. Refutó algunos hechos de la demanda al negar la convivencia con la accionante y la irresponsabilidad para con el menor, y aceptó parcialmente la audiencia que realizaron en la Comisaria de Familia el día 11 de diciembre de 2020, con la señora la señora JAZMÍN ESPINOSA a favor del menor y que respecto del incremento de la cuota alimentaria manifiesta que no procede para el presente año, toda vez que el cumplimiento de la cuota quedo fijado para ser efectiva a partir del 1 de enero de 2021.

Que no es cierto que la señora JAZMÍN ESPINOSA, no accediera a que le dejarán la custodia del niño pues ella estuvo presente, cuando le preguntaron que si estaba de acuerdo afirmo y firmo sin ninguna objeción.

Que aportó el concepto médico del niño, donde se indica que tiene desnutrición y un “soplo en el corazón” y que se le deberá realizar seguimiento y tratamientos médicos;

Que él no quiere quitarle el niño, porque la custodia fue impuesta de manera provisional hasta el 27 de diciembre, y las visitas de ella con el niño quedaron sin restricción de fecha y hora.

Señaló los requisitos genéricos y específicos de la acción de tutela, donde menciona que el Acta de Imposición de Custodia y Visitas, fue aceptada y firmada voluntariamente por la accionante, sin que manifestara ningún inconformismo con lo decidido por que participó activamente en la diligencia.

Señaló las funciones de la comisaria de familia, hizo referencia a la ley 640 de 2001, citó jurisprudencia sobre el particular para concluir que la decisión de la comisaria de familia en encuentra respaldada en el material probatorio recaudado a través de los informes y conceptos del equipo psicosocial y la decisión busca proteger los derechos fundamentales del menor.

Aunado se tiene que la accionante en los hechos relacionados en su escrito de Tutela, no identifica claramente cuáles de estos hechos o como esos hechos vulneraron su

derecho al debido proceso dentro de la actuación adelantada por la Comisaria de Familia, pues la mayoría de los hechos carecen de verdad y hacen referencia a nuestra relación sentimental, la cual desde hace mucho no existe.

Además, la decisión de la comisaria de familia no iba encaminada a descalificar la accionante en su rol de madre si no de garantizarle a nuestro hijo sus derechos fundamentales, entre ellos el de salud del como da cuenta el concepto médico, está siendo vulnerado pues el niño se encuentra bajo de peso, de talla y tiene una deficiencia cardiaca que necesita diagnóstico y seguimiento, sumado a los conceptos e informes del equipo sicosocial que dan cuenta que las condiciones habitacionales en las que habita la progenitora del niño no son adecuadas por lo que la instó a mejorar sus condiciones, sin embargo las visitas quedaron sin restricción de tiempo o fecha.

En lo tocante al derecho a la igualdad no especifica la discriminación o diferenciación a la que supuestamente fue objeto por parte de la Comisaria de Familia, durante la diligencia y que derecho o ejercicio o goce de ese se le menoscabo o vulnero y cuál es la protección constitucional que pretende restablecer, por lo cual resulta improcedente esta protección constitucional.

Respecto al derecho de tener una familia y a no ser separado de ella, señaló que ese cuidado está en cabeza de sus padres, aunque no convivan son su familia y tienen la obligación de asistir y proteger al menor, para con ello garantizar el desarrollo integral y armónico en el pleno ejercicio de sus derechos. El hecho que la Comisaria de Familia hubiese impuesto la custodia de nuestro hijo en cabeza mía, no quiere decir con esto que se está privando a su mamá de ejercer derechos sobre nuestro hijo.

Hizo referencia a unos hechos sucedidos una vez culminada la diligencia e conciliación y culminó solicitando la improcedencia de la tutela y como consecuencia de lo anterior denegar las peticiones en pro de los derechos y garantías del menor XX.

IV. DE LAS PRUEBAS :

Pruebas relevantes allegadas al proceso:

- a.- Copia del registro civil de nacimiento del menor XX.
- b.- Copia del certificado de estudio del menor XX.
- c.- Copia del acta de conciliación de fecha 11 de diciembre de 2020.
- d.- Copia del acta de conciliaron de fecha 04 de junio de 2021.
- e. Carpeta No. 37 contentivo del trámite de custodia del menor XX.
- f.- Concepto Médico.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Competencia.

El Juzgado Promiscuo Municipal es competente para decidir en primera instancia la presente acción de tutela de conformidad a las previsiones establecidas en el artículo 37 del decreto 2591 de 1991.

2. - Problema jurídico.

La Acción de Tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de nuestra Carta Magna como una alternativa para la protección y aplicación de los derechos fundamentales.

Allí se indicó: “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo tiempo y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o

por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

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

3.- caso en estudio:

Teniendo en cuenta que la acción de tutela cuestiona la eventual vulneración de unos derechos fundamentales al momento en que se profirió una decisión el pasado 4 de junio de 2021 por parte de la Comisaría de Familia del municipio de Guataquí, se hace imperioso inicialmente comprobar si en el presente evento se reúnen los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, los cuales deben cumplirse a cabalidad y con posterioridad verificar que se reúna al menos uno de los requisitos específicos de procedencia en los términos que hasta la actualidad viene promulgando nuestra Corte Constitucional: Veamos :

Sea lo primero señalar que la señora Yasmin Espinosa Bocanegra y su hijo XX, se hallan legitimados para formular la presente acción de tutela, toda vez que son los titulares de los derechos fundamentales que presuntamente la Comisaría de familia ha vulnerado. De allí que sea claro que se cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa.

De otro lado la Comisaría de Familia de Guataquí Cundinamarca, autoridad demandada, se encuentra legitimada como parte pasiva en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 5º y 42 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo se solicita.

4.- Requisitos generales de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Nuestra Corte Constitucional ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra las decisiones de los jueces, en su calidad de autoridades públicas, cuando incurran en graves falencias que las hagan incompatibles con la Constitución y afecten los derechos fundamentales de las partes. En todo caso, dicha procedencia es excepcional, *“con el fin de que no se desconozcan los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, seguridad jurídica, y la naturaleza subsidiaria que caracteriza al mecanismo”*.

Para tal efecto, la jurisprudencia constitucional introdujo los siguientes requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales (i) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (ii) que se cumpla con el presupuesto de subsidiariedad, es decir, que se hayan agotado todos los medios de defensa judicial al alcance del afectado, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable; (iii) que se cumpla el requisito de inmediatez, o sea, que la tutela se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración; (iv) que se trate de una irregularidad procesal con efecto decisivo en la providencia que se impugna; (v) que el actor identifique de manera razonable los hechos que generaron la vulneración y los derechos vulnerados; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela.

5.- Cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales

Procede el Juzgado a verificar el cumplimiento de cada uno de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela en el caso *sub examine*.

a.- Relevancia constitucional

Se considera que la acción de tutela *sub judice* tiene relevancia constitucional habida cuenta de los derechos fundamentales objeto de la solicitud de amparo, la condición de los sujetos demandantes y la naturaleza y alcance de las decisiones cuestionadas.

Primero, este asunto involucra principalmente la posible violación del derecho fundamental al debido proceso (Art. 29 de la CP) y el interés superior del menor (Art. 44 de la CP). La presunta vulneración de estos derechos tiene origen en la providencia del 4 de junio de 2021, que, aparentemente, sin realizarse una valoración exhaustiva de los medios de prueba arrimados al proceso y en ausencia de una motivación de la providencia, entregó la custodia provisional y *cuidado personal* del menor XX a cargo de su progenitor. La afectación de tales derechos fundamentales *per se* tiene la relevancia constitucional suficiente que permite al Juez constitucional verificar, de fondo, si la decisión impugnada adolece de los defectos alegados.

En segundo lugar se busca la protección de los derechos fundamentales del menor XX, la jurisprudencia constitucional, al interpretar la diversa normativa internacional y doméstica sobre las garantías de los niños y niñas, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, debe prevalecer su interés superior.

b.- Requisito de subsidiariedad

De acuerdo con el artículo 86 Superior, la acción de tutela solo procede cuando el afectado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Esta exigencia ha sido definida por la jurisprudencia constitucional como requisito de subsidiariedad. En todo caso, la propia jurisprudencia ha precisado que el examen del cumplimiento de este requisito no se agota con corroborar la existencia de otro medio de defensa, sino que implica, además, verificar que este sea idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales, pues, en caso contrario, la tutela resultaría excepcionalmente procedente.

En el caso en particular se debe indicar que si bien las decisiones que adoptan las defensorías de familia o en su defecto las comisarías de familia, tienen la característica de ser decisiones provisionales y por ello nuestra legislación procesal civil, establece la posibilidad de ser revisada ante el Juez de familia a través del proceso declarativo verbal sumario, lo cierto es que para el asunto en que nos ocupa, considera el Despacho, que no resulta ser el medio idóneo y eficaz para conjurar la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes, en especial del menor XX, en atención al contingente perjuicio que puede conllevar para el menor, la materialización y ejecución de la decisión adoptada el 4 de junio de 2021.

No se trata de un asunto de poca monta, sino que de por medio está el bienestar, la salud de un menor de edad el cual por su condición de vulnerabilidad se encuentra con una protección reforzada constitucionalmente, además de las consecuencias emocionales, psicológicas y de otras índoles, que en un momento dada puede permear

los derechos y garantías constitucionales del menor XX, por cuanto se está separando de su núcleo familiar de manera intempestiva sin que exista una justificación legal, probatorio o constitucional que sirva de báculo para la decisión adoptada como lo señala la accionante.

De ahí que se pueda predicar con un alto grado de probabilidad la procedencia de la tutela a fin de conjurar un inminente perjuicio, grave e irremediable, del cual se requiere adoptar medidas urgentes para enervarlo.

c.- Requisito de inmediatez

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que generó la vulneración, en este caso, la adopción de la providencia que se estima violatoria de derechos fundamentales.

En el presente evento la decisión cuestionada fue adoptada el 4 de junio de 2021 y la acción de tutela fue presentada el 8 del mismo mes y año, esto es, cuatro días después de la providencia de la Comisaría que entregó temporalmente la custodia y cuidado provisional del menor XX a su progenitor señor JAVIER RIVEROS ROA, por tanto el término en el que se interpuso la tutela es, a todas luces, razonable y proporcional, por lo que se entiende satisfecho el requisito de inmediatez.

d.- Efecto decisivo de la irregularidad

La Corte también ha advertido que cuando se trata de irregularidades procesales, estas deben tener un efecto decisivo o determinante en la providencia judicial que se cuestiona, para que sea procedente la acción de tutela. Lo anterior implica que esas irregularidades deben ser de tal magnitud que afecten la decisión que se cuestiona, así como los derechos fundamentales de los accionantes, cuestión que debe entrar a corregir el juez constitucional.

En el caso que se analiza, las presuntas irregularidades presentadas en relación con el proveído del 04 de junio de 2021 fueron (i) falta de motivación de la decisión pues aunado a lo establecido por la jurisprudencia sobre el respecto, el art. 100 de la ley 1098 de 2006, en su parágrafo primero, reitera el requisito de la motivación de las providencias cuando señala " El funcionario provocará la conciliación y en caso de que fracase o se declare fallida, **mediante resolución motivada** fijará las obligaciones provisionales respecto a la custodia, alimentos y visitas y en caso de que alguna de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes, el funcionario presentará demanda ante el juez competente".(ii) También se observa la falta de valoración de las insuficientes pruebas recaudadas para adoptar la decisión y (iii) el desconocimiento del interés superior de las menores.

De lo anteriormente expuesto, se considera que las irregularidades mencionadas tuvieron un efecto decisivo y determinante en la providencia cuestionada, así como en los derechos fundamentales de la señora YASMIN ESPINOSA y su menor hijo, por cuanto si se hubiera hecho una valoración íntegra de los únicos elementos probatorios allegados la decisión adoptada (en consideración del juzgado) hubiera sido de otra índole mas no de la magnitud evidenciada.

e.- Identificación razonable de los hechos

Para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales, también es necesario que la parte actora identifique razonablemente tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados.

Primero, en la solicitud de tutela, la accionante señaló los hechos en relación con los cuales considera vulnerados sus derechos fundamentales y los de su hijo, e identificó claramente la providencia que estima violatorias de esas garantías. Del mismo modo, la accionante expresó las razones de derecho por las cuales estima vulnerados los derechos antes mencionados y expuso los defectos que, en su opinión, se configuraron en las providencias recurridas.

f.- Que no se trata de una sentencia de tutela

Además, es necesario que la providencia judicial cuestionada no sea una sentencia de tutela, pues los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que esta restricción general no impide que, “*bajo ciertas y especialísimas circunstancias*”, esta Corporación “*module e interprete el alcance de otras decisiones de tutela que llegan a su conocimiento en desarrollo de su función de revisión*”.

En el asunto que se examina, es evidente que esta acción no se dirige en contra de una sentencia de tutela, sino en contra de la decisión proferida por la Comisaría de Familia del Municipio de Guataquí del 4 de junio de 2021, mediante la cual, primero declaró fracasada la diligencia de conciliación y en segundo lugar dispuso la custodia y cuidado personal del menor XX en cabeza de su progenitor JAVIER RIVEROS ROA.

Así las cosas, considera el Juzgado que se encuentra reunidos los requisitos generales y, por lo tanto, se procede a estudiar el cumplimiento de los requisitos específicos de procedibilidad de la acción de tutela en el caso *sub judice*.

6.- Requisitos específicos de procedencia

Además de los requisitos generales, la jurisprudencia constitucional ha definido unos requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, relacionados con graves defectos que las hacen incompatibles con los preceptos constitucionales. De estos, **al menos uno debe cumplirse** para que la acción de tutela sea procedente. Así mismo, debe tenerse en cuenta que una misma irregularidad puede dar lugar a la configuración de varios de estos defectos.

a.- Defecto orgánico: se configura cuando el juez que profirió la sentencia impugnada carece en forma absoluta de competencia. Ha dicho la Corte Constitucional que, entre otros supuestos, este defecto se produce cuando los jueces desconocen su competencia o asumen una que no les corresponde, así como cuando adelantan alguna actuación o emiten un pronunciamiento por fuera de los términos jurídicamente dispuestos para que se surtan determinadas actuaciones.

b.- Defecto material o sustantivo: la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que el defecto sustantivo se presenta cuando: (i) la providencia judicial se basa en una norma inaplicable al caso concreto, ya sea porque no se ajusta a este, no está vigente por haber sido derogada o fue declarada inconstitucional; (ii) a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución les reconoce a las autoridades judiciales, la interpretación o aplicación que se hace de la norma en el caso concreto desconoce sentencias con efectos *erga omnes* que han definido su alcance; (iii) se fija el alcance de una norma desatendiendo otras disposiciones aplicables al caso, que son necesarias para efectuar una interpretación sistemática, (iv) la norma pertinente es inobservada e inaplicada o (v) no se hace uso de la excepción de inconstitucionalidad y, por el contrario, se emplea una interpretación normativa sin tener en cuenta que resulta contraria a los derechos y principios consagrados en la Constitución. En estos eventos, el juez de tutela debe intervenir excepcionalmente, para garantizar la vigencia de los preceptos constitucionales, a pesar de la autonomía que, en principio, tienen los jueces para definir las normas en las que se fundamenta la solución del caso puesto a su consideración.

c.-Defecto fáctico: se configura cuando la providencia judicial es el resultado de un proceso en el que (i) dejaron de practicarse pruebas determinantes para dirimir el conflicto, o que (ii) habiendo sido decretadas y practicadas, no fueron apreciadas por el juez bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, o que (iii) carecen de aptitud o de legalidad, bien sea por su inconducencia, impertinencia o porque fueron recaudadas de forma inapropiada.

d.- Defecto procedimental: se presenta cuando el juez, al dictar su decisión o durante los actos o diligencias previas, desatiende o deja de aplicar las reglas procesales pertinentes. La Sentencia T-781 de 2011 explicó que se han reconocido dos modalidades de defecto procedimental: (i) absoluto, cuando el juez sigue un trámite totalmente ajeno al asunto sometido a su competencia, pretermite etapas sustanciales del procedimiento, pasa por alto el debate probatorio o dilata injustificadamente tanto la adopción de decisiones como su cumplimiento, y (ii) por exceso ritual manifiesto, esto es, cuando arguye razones formales a manera de impedimento, que implican una denegación de justicia.

Esta segunda modalidad, de acuerdo con la Sentencia SU-215 de 2016, se puede dar cuando el juez (i) aplica disposiciones procesales que se oponen a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto; (ii) exige el cumplimiento de requisitos formales de forma irreflexiva, que en determinadas circunstancias pueden constituir cargas imposibles de cumplir para las partes, siempre que esa situación se encuentre comprobada; (iii) incurre en un rigorismo procedimental en la apreciación de las pruebas, o (iv) se omite el decreto oficioso de pruebas cuando haya lugar a ello.

e.- Decisión sin motivación: el juez no da cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, o lo hace apenas de manera aparente, a pesar de que, precisamente, en tal motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional y, por tanto, de las providencias que le compete proferir. Al respecto, ha dicho esta Corte que solo cuando *“la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado”*.

f.- Desconocimiento del precedente: el juez desconoce el precedente jurisprudencial sobre determinado asunto, sin exponer una razón suficiente para apartarse. En estos casos, es necesario: (i) determinar la existencia de un precedente o grupo de precedentes aplicables al caso y distinguir las reglas decisionales contenidas en ellos; (ii) comprobar que la providencia judicial debió tomar en cuenta tales precedentes, pues, de no hacerlo, desconocería el principio de igualdad, y (iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente, bien por encontrar diferencias fácticas entre este y el caso analizado, bien porque la decisión debía ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica con los principios constitucionales y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

g.- Error inducido: se configura cuando la providencia judicial se soporta en hechos o situaciones en cuya realización participan personas obligadas a colaborar con la administración de justicia, cuyo manejo irregular induce a error al funcionario judicial, con grave perjuicio para los derechos fundamentales de alguna de las partes o de terceros. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, son requisitos de esta causal los siguientes: (i) la providencia que contiene el error está en firme; (ii) la decisión se adopta respetando el debido proceso, por lo que no hay una actuación dolosa o culposa del juez; (iii) no obstante, la decisión resulta equivocada, pues se fundamenta en la apreciación de hechos o situaciones jurídicas en las cuales hay error; (iv) ese error es atribuible al actuar de un tercero (órgano estatal u otra persona natural o jurídica), y (v) la providencia judicial produce un perjuicio *ius fundamental*.

h.- Violación directa de la Constitución: el juez adopta una decisión que desconoce, de forma específica, postulados de la Constitución, ya sea porque (i) deja de aplicar una disposición *ius fundamental* a un caso concreto o (ii) aplica la ley al margen de los preceptos Superiores.

7.- Descendiendo al caso en estudio y luego de analizar la actuación desplegada por la Comisaria de Familia del municipio de Guataquí, en contra de la cual se concretó el reclamo elevado por la accionante, se advierte la existencia de una causal de

procedibilidad específica, (**decisión sin motivación**) que hace necesaria la intervención del juez constitucional, por las razones que pasan a explicarse.

Es imperioso acotar que nuestra Honorable Corte Constitucional viene reiterando hasta la saciedad, que las providencias que profieran los jueces de la república con competencia para establecer entre otros asuntos, la custodia de menores de edad y a la vez, las que emitan las autoridades administrativamente autorizadas por la ley 1098 de 2006, para la adopción de medidas de protección y restablecimiento de derechos de los menores, deben *estar siempre precedidas y soportadas por labores de verificación, encaminadas a determinar la existencia de una real situación de abandono, riesgo o peligro que se cierne sobre los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente* precisando al respecto, que:

«el decreto y la práctica de medidas de restablecimiento de derechos, si bien se amparan en la Constitución, en especial, en el artículo 44 Superior, también es cierto que las autoridades administrativas competentes para su realización deben tener en cuenta (i) la existencia de una lógica de graduación entre cada una de ellas; (ii) la proporcionalidad entre el riesgo o vulneración del derecho y la medida de protección adoptada; (iii) la solidez del material probatorio; (iv) la duración de la medida; y (v) las consecuencias negativas que pueden comportar algunas de ellas en términos de estabilidad emocional y psicológica del niño, niña o adolescente.

En pocas palabras, las autoridades administrativas, al momento de decretar y practicar medidas de restablecimiento de derechos, deben ejercer tales competencias legales de conformidad con la Constitución, lo cual implica proteger los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes con base en criterios de racionalidad y proporcionalidad; lo contrario, paradójicamente, puede acarrear un desconocimiento de aquéllos» (CC T-572/09).

Para tal efecto, nuestra guardiana de la carta política fijó una serie de criterios que **«por lo menos»** debe cumplir toda decisión proferida por autoridad competente para garantizar el goce efectivo e integral de los derechos fundamentales reconocidos a las personas menores de edad, los cuales expuso de la siguiente forma:

a. Gravedad de la afectación de los derechos. *La medida debe estar fundamentada en la existencia de una evidencia clara de que la persona menor se encuentra frente a una amenaza o peligro, que se traduzca en un grave riesgo, de manera que el material probatorio deber ser sólido. Es decir, no basta con probar la existencia de una amenaza (el eventual peligro que se enfrenta), sino que también se ha de demostrar que existe un gran riesgo (una alta probabilidad de que la amenaza se materialice). La gravedad de la afectación, implica que el peligro o amenaza al que se enfrenten las personas menores, deben provenir de situaciones que afecten en gran medida (no en poca o alguna medida) la garantía del desarrollo integral del menor, las garantías de las condiciones para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del menor, la protección del menor frente a riesgos prohibidos legal y categóricamente por una sociedad democrática.*

b. Necesidad de intervención. *La intervención de la administración pública en la definición de la permanencia de una persona menor, cuando la misma ya ha sido decidida por la justicia, a través de los jueces competentes o funcionarios administrativos correspondientes y mediante los procesos establecidos para el efecto, debe respetar en especial el criterio de la ‘necesidad de intervención’. En la medida en que son las relaciones paterno filiales las que han de prevalecer, en principio, y teniendo en cuenta que los menores y su familia ya sufrieron una fuerte e impactante intervención estatal, una nueva, debe cumplir*

de forma estricta el principio de necesidad, el cual exige razones ‘poderosas’, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional previamente citada.

c. Posterioridad. La medida debe versar sobre cuestiones que no pudieron ser consideradas por el juez constitucional y legalmente competente para decidir sobre los derechos de los menores, en atención a su interés superior, especialmente protegidos. Esto asegura que no se trate de revisar lo decidido judicialmente, sino de consideraciones sobre asuntos que no pudieron ser analizados por el juez competente. Por ejemplo, ello ocurre cuando se trata de hechos nuevos que acaecieron con posterioridad a la decisión judicial fueron ocultados de mala fe por una de las partes.

d. Urgencia. La autoridad administrativa debe estar ante una situación **urgente**, que demande su actuación con toda celeridad. Debe tratarse de una decisión y una medida que ha de tomarse con toda prontitud, una situación en la que no se cuenta con el tiempo para poder llevar la cuestión ante la autoridad correspondiente de forma previa. En todo caso, la actuación judicial debería tener que iniciarse por parte de la entidad estatal de forma coetánea, inmediatamente después o, por lo menos, a la mayor brevedad posible.

e. Proporcionalidad. La medida debe ser proporcional al grave riesgo y amenaza que se enfrente. No puede la administración, so pretexto de proteger derechos fundamentales importantes y significativos de la persona menor, desconocer o tomar decisiones que afecten otros derechos que sean más importantes o estén considerablemente amenazados por un riesgo significativamente mayor.

f. Razonabilidad. La medida que se adopte debe ser razonable, esto es, que atienda a los mínimos criterios de racionalidad instrumental y parámetros constitucionales, en términos de valores, principios y reglas. La medida debe estar encaminada efectivamente a la finalidad de proteger a las personas menores, específica y concretamente consideradas, empleando para ello los medios adecuados, necesarios y legítimos. **No se puede tomar decisiones que no tengan justificación, que sean absurdas o que no tengan coherencia.** Así mismo, medidas que no conduzcan a los fines propuestos o que, simplemente, no atiendan a los límites que los derechos fundamentales le imponen a la administración.

g. Temporalidad. La medida, por supuesto, no puede ser definitiva. Ha de tratarse de una intervención excepcional, no sólo en cuanto al hecho mismo que ocurra, sino también en cuanto a su duración. Si en realidad se trata de una situación excepcional, no puede ser que en último término, no sea la autoridad judicial competente, sino la administrativa la que termine fijando y estableciendo el alcance de los derechos involucrados.

h. Valoración de consecuencias. En cualquier caso, la autoridad administrativa correspondiente debe valorar las consecuencias negativas que puede comportar la medida en términos de estabilidad emocional y psicológica de toda persona menor» (CC T-557/11).

Por todo lo anterior es indudable que las autoridades encargadas de proferir las medidas de protección provisional, deben registrar una motivación que, en forma suficiente, clara, inequívoca, sólida y cabal, que sirva de bordón a la decisión que de tanta trascendencia se permite adoptar, pues, al fin y al cabo, este no es un trámite mecánico, que implique desatender las reglas de juzgamiento consustanciales a toda actuación judicial. De allí que el juzgador, que no es un autómatas, no puede limitarse a realizar un control, amén

que meramente formal y rutinario, como si los intereses que estuvieran en conflicto, ciertamente, fueran de ninguna o de poca monta. Muy por el contrario, con arreglo a los poderes con los que ha sido investido, deberá desplegar una labor que esté en consonancia con dichos intereses, en este caso –donde hay menores- de insoslayable y aquilatada relevancia, al mismo tiempo que con la finalidad que anima la homologación.

Esta circunstancia ha sido reconocida y desarrollada por la jurisprudencia constitucional como una especie de defecto de las providencias, «consistente en la **falta de motivación externa o interna**, según sea que no se fundamentan debidamente sus premisas o que las conclusiones no guardan armonía con éstas», aplicable no solo a las autoridades jurisdiccionales sino también «a los funcionarios administrativos que mediante sus resoluciones definen la controversia relacionada con el restablecimiento de derechos de la infancia y la adolescencia, pues, desempeñan una auténtica labor de dispensar justicia, no sólo frente a los intereses de aquellos, sino de todos los involucrados».

Con fundamento en el panorama normativo y jurisprudencial que se ha delineado anteriormente, se debe indicar, que respecto de la determinación adoptada por la Comisaria de Familia de Guataquí el pasado 04 de junio de 2021, claramente se configura el aludido defecto, (falta de motivación), pues es evidente que brilla por su ausencia, no sólo un conjunto de elementos materiales y evidencias con la capacidad demostrativa y sólida para tomar la trascendental decisión que se adoptó en la decisión, sino que además en la mencionada providencia no se hizo un análisis crítico, serio, individual y conjunto de los únicos elementos de convicción arrojados, ni tampoco se tuvieron en cuenta las reglas y criterios jurisprudenciales antes esbozados, en aras a determinar no solo la real ocurrencia de la eventual vulneración de los derechos del menor, sino las causas de la misma, así como las consecuencias de lo que se llegase a concluir, con todo lo que ello supone en el campo de las relaciones familiares, en este caso, con mayor trascendencia, las materno filiales, teniendo en cuenta la importancia que para el desarrollo del niño tiene el contacto permanente con su madre en los primeros años de vida. Veamos.

Se pudo evidenciar de las copias del proceso tramitado en la Comisaria de familia de Guataquí, que por petición de la señora YASMIN ESPINOSA BOCANEGRA, se llevó a cabo una primera diligencia de conciliación de custodia del menor XX, el 11 de diciembre de 2020, en donde por mutuo consenso entre los progenitores se llegó a un acuerdo en la totalidad de asuntos planteados, como es el caso que la custodia provisional y cuidado personal del menor XX será ejercida por la señora YASMIN ESPINOSA, además de la regulación de la cuota alimentaria, la regulación de visitas, lo referente a salud y educación del infante.

Que hasta el mes de abril de 2021, la trabajadora Social de la Comisaria, realizó tres visitas de seguimiento al lugar de residencia del menor, donde no se observó en absoluto nada anómalo, por el contrario siempre las conclusiones fueron satisfactorias en relación con el bienestar del menor XX.

Sin embargo, con fecha 27 de abril de 2021, el señor JAVIER RIVEROS ROA, presentó al Despacho un escrito donde solicita una nueva audiencia de conciliación con la finalidad de aclarar nuevos puntos y condiciones respecto a las visitas y al tiempo de permanencia con el menor, a la vez aspectos en relación con la crianza y el entorno en el que vive actualmente.

Es decir, lo que solicitaba el progenitor del menor XX, no era otro asunto concreto, que se revisara la regulación de visitas y el tiempo de permanencia del menor con él y sus hermanas, sin embargo, en el auto del 6 de mayo de 2021, la Comisaría dispone avocar el conocimiento de la solicitud, y ordena realizar visita de verificación de

derechos y valoración psicológica, donde fundamenta la decisión en la solicitud de custodia compartida elevada por el señor JAVIER RIVEROS.

Audiencia de conciliación que tuvo lugar el 4 de junio, donde recalca el solicitante que lo que quiere es permanecer más tiempo con su hijo, que su deseo no es quitárselo a la mamá, pero lo que quiere compartir más tiempo con él, por su trabajo permanece viajando, pero cuando no está, el niño permanece con sus hijas.

Al correrse traslado a la señora YASMIN ESPINOSA, manifestó que no estaba de acuerdo con que JAVIER se quede con el niño ya que él no permanece con él, afirmación que constituyó el detonante para que la titular del Despacho declarará fracasada la diligencia por falta de ánimo conciliatorio, decisión que se encuentra totalmente ajustada a la ley y no tiene ningún refutación por parte del Despacho, pero lo que no se encuentra revestido con las mismas características fue la decisión que adoptó como consecuencia de lo anterior en el sentido de disponer como medida provisional de protección, que a partir de la fecha la custodia y cuidado personal provisional del niño XX quede a cargo de su progenitor JAVIER RIVEROS ROA hasta el 27 de diciembre del año en curso y en esa fecha sea entregado a la accionante entre tanto se realiza una nueva para definir el año 2022 en adelante.

Decisión esta última que fue soportada según se observa en el acta de conciliación No. 010 del 4 de junio de los cursantes, en los informes y conceptos del seguimiento efectuado por el equipo psicosocial, pero jamás se hizo una debida valoración a las afirmaciones o conclusiones contentivas en los mencionados informes, que en últimas como se indicó, corresponde a los únicos elementos de juicio que tuvo para adoptar la trascendental medida cuestionada, tampoco se hizo una apreciación ni siquiera de manera tibia, de cualquiera de los criterios que fueron establecidos por la Corte Constitucional y que deben necesariamente tenerse en cuenta al momento de adoptar semejantes decisiones, cuando hacen referencia a la custodia y cuidado personal de los menores.

No se indicó en la mencionada providencia sobre la existencia de elementos de convicción que nos permitan admitir con un alto grado de probabilidad que el menor XX se encuentra frente a una amenaza o peligro que se traduzca en un grave riesgo de afectación de sus derechos, de la misma manera la necesidad de la intervención más aún cuando pocos meses atrás ya se había establecido y aprobado por ese mismo Despacho la custodia del menor y otros asuntos previa concertación voluntaria de los padres, y volver a recabar sobre el asunto sin justificación probatoria acreditada, implica un nuevo impacto de intervención estatal en el menor y su núcleo familiar, además del fundamento de la urgencia de la medida, su proporcionalidad, razonabilidad, temporalidad y una exhaustiva valoración de sus consecuencias, en el entendido en que se trata de un ser humano del cual sacarlo de su núcleo familiar de manera intempestiva sin que se encuentre debidamente acreditada la vulneración de sus derechos, puede conllevar consecuencias en su estabilidad emocional y psicológica y que en últimas la eventual protección puede generar repercusiones trascendentales que lo pueden marcar en el curso de su vida.

Ahora bien, si bien es cierto que el juez constitucional no tiene facultades para reemplazar a los funcionarios encargados por la ley para decidir sobre tales temas, con la orden que se imparta cobrará vigencia la actuación en la que previamente le fue otorgada la custodia y cuidado personal de su hijo XX a la señora YASMIN ESPINOSA BOCANEGRA.

Por lo expuesto, se tutelaré el derecho invocado por la accionante y como consecuencia de lo anterior se dejará sin efecto la determinación del 04 de junio de 2021 consagrada en el numeral segundo y lo que de ellas dependa, ordenando a la

Defensora de Familia de Guataquí que proceda a reintegrar al menor al seno de su madre, y, luego de ello, emita la decisión que en derecho corresponda, conforme a las consideraciones aquí expuestas.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Promiscuo Municipal de Guataquí Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos invocados por la señora YASMIN ESPINOSA BOCANEGRA, y como consecuencia, se deja sin efecto la determinación del 04 de junio de 2021 consagrada en el numeral segundo, y lo que de ella dependa, proferida dentro del proceso administrativo adelantado por la Comisaria de Familia de Guataquí Cundinamarca, en atención a las razones esbozadas en el cuerpo de esta determinación.

SEGUNDO: SE ORDENA a la Comisaria de Familia de Guataquí que en el término de diez (10) días a partir de la notificación de esta providencia, profiera nueva resolución en la cual, a partir del análisis integral del material probatorio que motivadamente estime válido y se recopile, conforme a las reglas de la sana crítica y a la luz de la solicitud, las alegaciones de las partes y los criterios jurisprudenciales esbozados en la presente sentencia, defina el trámite a su consideración.

TERCERO. Ordenar el reintegro del menor XX a su madre la señora YASMIN ESPINOSA BOCANEGRA, según la diligencia de conciliación del 11 de diciembre de 2020 llevada a cabo en el Despacho de la accionada, que recobra vigencia.

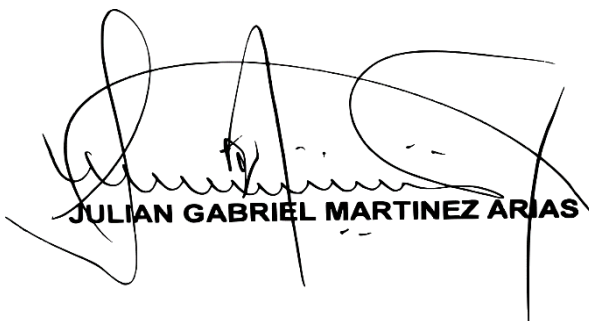
CUARTO: Por Secretaria, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

QUINTO: En caso de no ser impugnado el presente fallo, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO: Contra la presente determinación procede el recurso de apelación, el cual deberá ser propuesto dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación a través del correo institucional del Juzgado.,

NOTIFÍQUESE,

EL JUEZ



JULIAN GABRIEL MARTINEZ ARIAS