



JUZGADO SESENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL transformado transitoriamente por el Acuerdo PCSJA18-11127 de 2018 en **JUZGADO CUARENTA Y TRES (43) DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE DE BOGOTÁ D.C.**
Carrera 10 N° 14 – 33 Piso 14 - Bogotá D.C. – Colombia

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación: 11001 40 03 061 **2020 00490 00**
Accionante: DAVID ANAYA actuando en nombre propio y como agente oficioso de sus menores hijos YORDY ALEXANDER ANAYA SAAVEDRA y JOHANN DAVID ANAYA SAAVEDRA
Accionada: CARMEN CECILIA SAAVEDRA SAAVEDRA
Vinculado: COMISARIA OCTAVA DE FAMILIA KENNEDY UNO, AL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF, A LA PERSONERÍA DE BOGOTÁ y AL FONDO NACIONAL DEL AHORRO

Bogotá D.C., Diez (10) de Agosto de dos mil veinte (2020).

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta lo siguiente:

I. HECHOS

De la demanda de acción de tutela interpuesta, se extrae que el accionante quien actúa en su propio y a su vez agencia a sus dos menores hijos, pretende que se le amparen a él y a sus menores hijos los derechos fundamentales a la vivienda, al mínimo vital como la integridad física de los niños, los que estima están siendo conculcados por la persona accionada, con fundamento en la situación fáctica que a continuación se sintetiza:

1. Informa, que, sostuvo una relación marital de hecho por 8 años con la señora Carmen Cecilia Saavedra en la cual procrearon 2 hijos de 6 y 3 años de edad.

2. Indicó, que, compró un apartamento con ayuda del Fondo Nacional del Ahorro en el año 2018, el cual se encuentra ubicado en la Transversal 81 A No. 57 G-61 Torre 4 Apto. 304, con la finalidad de ser destinado a patrimonio de familia.

3. Relata haber sido denunciado por la accionada por maltrato, por lo cual se expidió vía Comisaría de Familia, una medida de protección en su contra y favor de aquella en marzo de 2019, en la cual se le ordenó el desalojo del apartamento donde residía, sin embargo, indica que la señora Saavedra quedo viviendo allí con sus dos hijos y su novio Jhon González.

4. Manifestó, que desde hace mas de un año no convive con la accionada, terminando así la unión marital de hecho, sin que se realizara la liquidación de sociedad patrimonial, derecho que revela prescribió debido a que ha pasado más de un año.

5. Informa, que la Comisaria de Familia expidió medida de protección a favor de sus menores hijos, toda vez que la accionada junto con su novio los maltrataban física y psicológicamente y ordenando de igual manera el desalojo del apartamento del señor Jhon González y otorgando la custodia provisional de los menores al accionante.

6. Comunica el actor, que solicitó a la accionada que desalojara el inmueble para vivir en el apartamento con sus menores hijos, toda vez que temía por la integridad física de ellos, y ante la negativa de la solicitud, procedió arrendar un pequeño apartamento donde convive con los menores.

7. Alegó que el Fondo Nacional del Ahorro le quitó los beneficios que tenía para la adquisición de vivienda debido a que no ha cancelado las cuotas adeudadas, proceso que se encuentra en cobro prejurídico y próximo al inicio de un proceso jurídico en el cual podría perder el inmueble.

8. Sostuvo, que realizó una solicitud de conciliación de entrega del apartamento ante la Personería de Bogotá, sin embargo, la accionante no compareció a dicha conciliación.

9. Finalmente, informó que, ante la situación actual, que se han decretado cuarentenas debido al COVID-19, es urgente que él y sus menores hijos puedan estar en su hogar.

II. PRETENSIONES

En el acápite demandatorio se deprecia y bajo las consideraciones en que se enfila la acción, el amparo tutelar de los derechos fundamentales invocados como conculcados y para proteger a los menores como sujetos de especial protección, consecuentemente se pide que se emita orden a la señora Saavedra para *“el desalojo inmediato del inmueble ubicado en la Transversal 81ª No. 57G- 61 Torre 4 apartamento 304”*.

III. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela de acuerdo a los parámetros establecidos por el Decreto 2591 de 1991 en concordancia con el Decreto 1382 de 2000 y lo establecido en el Decreto 1983 de 2017, reglamentarios de la acción constitucional en estudio; amén del precedente jurisprudencial emanado de la H. Corte Constitucional sobre la materia¹.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL

Una vez asumido el conocimiento de la presente acción, mediante providencia de fecha veinocho (28) de Julio de 2020, se dispuso oficiar a la accionada y a las entidades que allí se estimó vincular, para que se manifestaran sobre todos y cada uno de los hechos que dieron origen a la presente acción y ejercieran el derecho de defensa que les asiste.

V. RESPUESTAS OTORGADAS

- COMISARIA OCTAVA DE FAMILIA KENNEDY UNO.

a) A través de la Dra. Ruth Sofia Padilla se pronuncia, indicando que la Comisaría esta representada por ella y por la Dra. Sandra Sarmiento Najar y que una vez revisado el sistema SIRBE de Comisarias de Familia, evidencia que el señor David Anaya es parte de los procesos: Medida de Protección 086-19 RUG 421-19 a favor de la señora Carmen Cecilia Saavedra Saavedra y la menor Anny Lorena Camacho Saavedra de 11 años de edad y en contra del accionante, medida que conoce la Dra. Sarmiento.

¹ Véase entre otros, el Auto No.124 de 25 de marzo de 2009 proferido por la mencionada corporación relacionado con la competencia en tutela que no es dable de confundirse con las reglas de reparto de esta clase de acciones.

Informó, que el otro proceso cursante es una medida de protección MP 415-19 RUG 421-19 a favor de los menores Johann David Anaya Saavedra y Jordi Alexander Anaya Saavedra y en contra de Carmen Saavedra y, que existe otra medida de protección No. 1171-19 RUG 421-19 a favor de los mismos menores y en contra de Jhon González.

Al referirse a los hechos de la tutela, indica en su mayoría que no le constan y que el accionante deberá probarlos ante instancia judicial, mas sin embargo, enuncia que al accionante se le han brindado todas las garantías procesales dentro de los tramites que se han adelantado ante esa instancia, no obstante, señalo que como importante que aquel podría haber solicitado ante el Despacho Comisarial el levantamiento o terminación de la orden de desalojo impuesta en su contra en febrero de 2019 (en la MP 086-19 de la citada fecha), demostrando al tenor del Art.12 de la Ley 575 de 2000, que se han superado plenamente los hechos de violencia intrafamiliar que dieron sustento a dicha orden y no obstante señala que en su sistema de información el referido asunto, ha tenido proceso de incumplimiento por parte de DAVID ANAYA con sanción de 2 salarios mínimos legales vigentes que fue confirmada por el Juzgado 22 de Familia el 3 de febrero de 2020.

Mostró, que tanto el accionante como la accionada, en diferentes momentos procesales ante esta Comisaria, se les ha reiterado que deberán adelantar los trámites legales para disolver y liquidar la sociedad patrimonial que constituyeron y, mediante vías legales, con el fin de definir los derechos patrimoniales que les asiste. Y con respecto a los menores, en la actualidad se encuentran bajo la tutela provisional del accionante, el cual les ha garantizado sus derechos en un lugar de vivienda limpio y digno en la modalidad de arriendo, con condiciones básicas necesarias según lo informado por la Trabajadora Social en el seguimiento del caso.

La referida autoridad de familia igualmente y para ampliar lo expuesto como demostrar en su defensa al referir que de su parte las actuaciones allí desplegadas fueron ajustadas a derecho, allega escaneados los libros de expedientes de las Medidas de Protección MP No.0415-19 con 234 folios y, MP No.1171-2019 constante de 51 folios.

b) Además, se arrima por esta entidad igualmente y con otro escrito allegado por separado y emitido por la Dra. Najar, respuesta a la tutela donde inicialmente contextualiza acerca de las acciones que realizan las Comisarias de Familia, indicando que en la localidad de Kennedy operan 5, bajo modalidad semipermantes, por ende distribuida en dos turnos, para lo cual señala que a su cargo tiene el proceso de acción de protección MP No.86 de 2019 RUG 421-19 (el que igualmente anexa escaneado, donde indica es accionante Carmen Cecilia Saavedra y victima ella y su hija Anny Lorena Camacho), por lo cual indica referirse única y exclusivamente a dicho asunto, haciendo pronunciamiento sobre cada uno de los hechos de la tutela, lo que por economía procesal se tendrá por inserto a este fallo.

La Comisaria antes aludida, al analizar las pretensiones de la tutela, expresa oponerse a todas y cada una de ellas, refiriendo que el señor DAVID ANAYA como lo menciona en el hecho 8 de la demanda de tutela, cuenta con domicilio y techo fijo en el cual reside con sus hijos bajo la modalidad de arriendo, por lo que su derecho a vivienda se encuentra garantizado y, por cuanto en audiencia de 5 de diciembre de 2019 y luego del debate probatorio, se estableció que continuó desplegando agresiones psicológicas y de persecución a la seora SAAVEDRA SAAVEDRA, desatendiendo la medida de protección lo que dio lugar a imposición de sanción y, alega además IMPROCEDENCIA DED LA ACCIÓN por cuanto el actor no demuestra siquiera sumariamente que se encuentre en medio de un perjuicio irremediable y con la tutela pretende saltar procedimiento propio y reglados para

retornar a su hogar bajo el trámite de ley que dice no ha agotado (incidente de levantamiento de la medida de protección – Art.18 Ley 924 de 1996).

Indica en su defensa igualmente, que en el caso concreto no está demostrada la procedencia excepcional de la tutela por las razones que expone y lo que esta autoridad propende acorde a su misión y aplicación correcta de la ley en aras de garantizar la unidad y armonía familiar, además que entre accionante y accionada si bien se constituyó una sociedad patrimonial de hecho, la misma no se encuentra liquidada siendo de su reporte impetrar proceso correspondiente por conservar cada uno cuota parte en disputa y ante lo cual solicita se declare improcedente la presente acción y se despachen negativamente las pretensiones en ella formuladas.

- SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACION SOCIAL-SDIS.

Por conducto del jefe de la Oficina Asesora Jurídica responde la acción de tutela y manifestó que de conformidad con el art.26 del Decreto Distrital 607 de 2007, la Subdirección para la Familia es la dependencia coordinadora de los aspectos administrativos y operativos de las Comisarias de Familia, sin embargo, la Secretaría no tiene injerencia respecto de las decisiones que ellas adopten en virtud de las competencias que se les atribuyen.

Informó, que con base en lo anterior no resulta pertinente salvaguardar los derechos invocados por el accionante, o intervenir, ordenar o actuar con relación a las peticiones esgrimidas, sin que pudiera llegar a darse una extralimitación de funciones por parte de la entidad, por lo tanto, es la Comisaria vinculada quien corresponde dar respuesta a la acción de tutela de la referencia.

Acorde con las consideraciones que expone, solicita que en virtud de la normatividad vigente, se tengan en cuenta los fundamentos y peticiones que sean expuestos por la comisaría aquí vinculada.

- EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF.

Se pronuncia por conducto de la Defensora de Familia del Centro Zonal Kennedy, manifestó que la entidad no tiene conocimiento de los hechos narrados y no le consta, no obstante, informa que verificado su Sistema de Información Misional - SIM, en la entidad ya sea para información, orientación, seguimiento, se evidencia que los NNA J.S. A.S. y J.A.A.S, ostentan una serie de peticiones por parte del accionante que datan del año 2019, poniendo en conocimiento la situación de convivencia con la accionada y de los cuales resume su radicado, fecha de creación y el estado de cada una de ellas (cerrada, no tiene trámite y respuesta, respectivamente).

En cuanto a las pretensiones de la tutela, señala que el ICBF no ha vulnerado, amenazado o violentado ningún derecho fundamental invocado por el accionante, además ser esta Entidad, quien *“trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia”*, no estar facultado por la ley para conocer las pretensiones elevadas, por tratarse de temas que son de conocimiento del despacho de la Comisaría Octava de Familia de Kennedy I, fungiendo como autoridad administrativa competente según lo establecido en la Ley 1098 de 2006 y demás normas concordantes.

- PERSONERÍA DE BOGOTÁ.

Contesta la tutela su Abogada adscrita a la Oficina Asesora Jurídica, quien indicó que conocida la tutela, se verificaron los antecedentes del asunto en sus bases de datos y transcribe lo que allí se encuentra según informe de las dependencias que cita, donde en resumen, señala que en la actualidad cursa una

denuncia penal en la Jurisdicción respectiva señalado el despacho que del mismo conoce y en contra de la accionada por el posible punible de violencia intrafamiliar, donde esta pendiente dar curso a la audiencia concentrada para el mes de octubre de 2020 y el cual se tramita bajo procedimiento especial abreviado regulado por la ley 1826 de 2017.

Informó como aspecto importante, que, la Comisaría Octava de Familia de Kennedy I, desde el 27 de noviembre de 2019 como medida provisional a favor de los menores, dispuso que la tenencia y cuidado personal provisional estuviera a cargo del accionante, medida con la que garantizo que los menores no estén expuestos a actos de agresión por parte de la progenitora. No obstante, considera que es importante que desde la Comisaría y la Defensoría de Familia adscrita al ICBF, continúen garantes de los derechos de los infantes.

Frente al derecho a la vivienda reclamado por vía constitucional, sostiene que es importante que el accionante y la accionada, procuren ponerse de acuerdo para que en forma amigable busquen soluciones en beneficio de los menores, amen de velar por el mínimo vital que direccionen el bienestar, el desarrollo integral y calidad de vida de sus hijos.

Luego de transcribir informe de la Personería Delega para la potestad disciplinaria IV que contiene una sinopsis de las actuaciones allí surtidas en las diligencias que de alguna manera se relacionan con el tema de la tutela y frente a la comisaria de familia que nombra y que se halla en Indagación Preliminar, todo lo cual ha de tenerse aquí reproducido en su literalidad lo mismo que del informe que también se allega rendido por el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá.

A manera de exceptiva, señala que en el presente asunto se configura frente a la entidad una falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que no le es dable cumplir funciones administrativas distintas a las que impone la Ley, es decir no podría satisfacer las pretensiones del accionante ya que ello implicaría una extralimitación de funciones y acorde al fundamento normativo que enuncia, petitionado que así se declare en el fallo y dejando a salvo los intereses jurídicos de este ente en el sentido de desvincularla del trámite constitucional.

- FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Su apoderada general, dio contestación a la acción, poniendo inicialmente en conocimiento la naturaleza jurídica del Fondo² para pasar luego a referirse a los hechos de la tutela de los que en su mayoría indica no les consta y simplemente atenerse a o aportado al trámite.

Describe frente a la obligación que hace mención el accionante, que conforme lo disponen las políticas del FNA aquella cumple a plenitud los requisitos para iniciar una acción judicial conforme a la altura de la mora presentada y conforme al contrato de mutuo que lo soporta, resumiendo que se trata de un crédito hipotecario, el cual a la fecha (29/07/2020) presenta mora de 349 días, con un saldo vencido por valor de \$3.694.517.69 y un valor total de la deuda de \$29.201.237.28 y, precisando también que le ha indicado al afiliado las diferentes alternativas para normalizarla (entre ellas, extinción, normalización, reestructuración).

Por lo anterior, y refiriéndose a las pretensiones del accionante, la entidad formula a manera defensiva, una AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, toda vez que en ningún momento ha

² Donde precisa: "creado como un Establecimiento Público del orden Nacional por el Decreto Ley 3118 de 1.968 y transformado en Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter Financiero del orden Nacional, mediante la Ley 432 del 29 de enero de 1998 "

vulnerado los derechos fundamentales invocados y a su vez como quiera que la llamada a resarcir dichos derechos no es el FNA sino en su apreciar la accionada si a ella es a quien se le reclama el hecho de no entrega del inmueble y por lo cual al accionante le ha tocado pagar arriendo y no ha podido pagar las cuotas de su crédito hipotecario, expresando además oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la tutela y solicitando su DESVINCULACIÓN.

- La persona natural accionada dentro del término conferido guardó silencio.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El Despacho se contrae a resolver si en el caso expuesto, se presenta o no vulneración a los derechos fundamentales invocados, en el entendido que la accionada no ha desalojado el inmueble que el accionante refiere en su demanda como de su propiedad, a efectos de que aquel pueda convivir con sus hijos menores en dicho bien y por cuanto actualmente tiene su custodia provisional y habitan otro bajo modalidad de arriendo.

De igual forma, este Despacho Judicial debe establecer si es la acción de tutela el mecanismo adecuado para incoar la pretensión de ordenar un desalojo de un inmueble, analizando de esta manera el requisito de procedibilidad exigido por la Ley como es el de la subsidiariedad.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. DE LA ACCION DE TUTELA

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece: *"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto"*, la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

Dentro de la misma línea, el artículo 86 de la Constitución fue diseñado para amparar los derechos fundamentales de las personas en los casos de violaciones por parte de agentes estatales. De este modo el inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales *"resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública"*. Por lo mismo, el amparo procede, en principio, en contra de autoridades públicas y por excepción, en contra de particulares.

Para el caso específico de los particulares, que en el sub examine concita la atención de esta sede de tutela, fue dispuesto el inciso final del artículo 86 de la Constitución, de acuerdo con el cual *"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión"*. La ley a la que se refiere el enunciado es el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 42 enumera nueve modalidades de la tutela contra particulares.

Se tiene entonces que en los términos el artículo 86 de la Constitución, procede la acción de tutela en contra de particulares en tres casos: *cuando el particular esté encargado de la prestación de un servicio público, cuando la conducta del particular*

afecte grave y directamente el interés colectivo, y en aquellos eventos en los cuales la persona se encuentre en estado de subordinación o de indefensión frente a otro particular y, de su parte, el numeral 9 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 reiteró la procedencia del amparo en los casos de indefensión o subordinación, señalando que este procedía: “9. Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicite la tutela”. (subraya del Juzgado).

Teniendo en cuenta que el estado de indefensión atiende a una situación de hecho, en la que una o más personas están inermes o desamparadas, por encontrarse en una circunstancia que les impide defender sus derechos de los ataques, vulneraciones o amenazas provenientes de otros sujetos. En estos casos las personas no pueden defenderse ni física, ni jurídicamente, de las agresiones de que son víctimas, así lo han expresado las sentencias T-265 de 1997, SU-062 DE 1999 y T-263 de 1998.

Ahora, frente a la subordinación el escenario dominante ya no es fáctico, sino jurídico, implicando el sometimiento jurídico de alguien respecto de otro sujeto o de una entidad. La subordinación, ha dicho la Corte Constitucional en sentencia T-1083 de 2002 y T-323 de 2003, que implica una relación jurídica de dependencia, que coloca a una parte en desventaja frente a la otra, como acontece con el ciudadano frente a la Administración Pública, con el trabajador respecto de su patrono; con el cliente frente a la entidad financiera; o con el usuario frente a la empresa prestadora de servicios, sea pública o privada.

7.2. DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá *cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer cesar la vulneración a los derechos fundamentales*, o en caso de que exista otro mecanismo, aquel no sea idóneo o eficaz para garantizarlos, o porque se utiliza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de la acción de tutela como vía preferente o instancia judicial adicional de protección³.

Siendo así, el análisis de la procedibilidad de la acción de tutela exige al juez la verificación de las siguientes reglas jurisprudenciales: procede el amparo como i) *mecanismo definitivo*, cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección o el dispuesto por la ley para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia⁴; ii) Procede la tutela como *mecanismo transitorio*: ante la existencia de un medio judicial que no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario⁵. Además, iii) Cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional -como los niños, mujeres cabeza de familia, personas de la tercera edad, población LGBTI, personas en situación de discapacidad, entre otros- el examen de procedencia de la acción de tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos.

³ Sentencia T-401 de 2017

⁴ Sentencias T-800 de 2012, T-436 de 2005, y T-108 de 2007, entre otras.

⁵ Sentencias T-800 de 2012, T-859 de 2004.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que un evento o situación puede ser considerado como perjuicio irremediable si convergen estos tres elementos: i) **debe ser cierto e inminente** –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos verídicos⁶-, ii) **debe ser grave**, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado⁷, y iii) **debe requerir atención urgente**, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable⁸.

Desde esta perspectiva el principio de subsidiaridad, es aquel que permite al Juzgador, colegir que la acción deprecada no se esté utilizando como medio judicial alterno, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos, pues cierto es que esta acción no busca remplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos impuestos (dentro) de estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

Quiere decir lo anterior, que cuando un juez de la República quede investido de la facultad de realizar juicios de constitucionalidad en virtud de la resolución de acciones de tutela puestas a su consideración, lo primero que debe entrar a analizar, es si para el caso concreto, existen otros medios ordinarios de defensa; si tal proposición resulta afirmativa, deberá declarar la improcedencia de la acción de amparo y en consecuencia se exhortará a los tutelantes para que se dirijan ante el juez ordinario que de manera preferente debe conocer del fondo del asunto.

7.3 DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS QUE SE RECLAMA AMPARO

Respecto a los derechos fundamentales invocados sobre el cual se deprecia el amparo en la acción enfilada, esta Juzgadora no estima necesario hacer una reproducción acerca del precedente jurisprudencial que se tiene acerca de los mismos, debido a que tanto su núcleo esencial como las demás características, se encuentran ampliamente decantadas por nuestra H. Corte Constitucional acorde a su cuantiosa jurisprudencia⁹, por lo cual seguidamente se hará un miramiento sucinto frente a los que de forma principal se avizoran en la queja constitucional formulada.

El artículo 51 de la Constitución Nacional¹⁰ consagra el derecho a la *vivienda digna*, y en virtud de lo allí ordenado el Estado ha de establecer las condiciones necesarias para que dicho derecho logre hacerse efectivo y, es así que la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal en la jurisdicción ha entendido que “*el derecho a la vivienda digna no otorga a la persona un derecho subjetivo para exigir del Estado en forma directa e inmediata su plena satisfacción, razón por la cual, la norma constitucional dispone que el Estado promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de los programas de vivienda*”¹¹

A modo de relevancia para el sub examine, no puede pasarse por alto que en lo que atañe a los derechos de *los niños y niñas como sujetos de especial protección constitucional*, pues es la Carta Magna la que anticipa el deber de protección especial que tiene el Estado, la Sociedad y la Familia frente a ellos en consideración a la

⁶ Sentencia T-494 de 2010.

⁷ Sentencia T-699 de 2012.

⁸ Sentencia T-494 de 2010.

⁹ La cual dada las facilidades de medios electrónicos con que se cuenta en la actualidad, su consulta podrá efectuarse en la página web -oficial de la Relatoría de la H. Corte Constitucional que la mencionada Corporación tiene a disposición de la ciudadanía.

¹⁰ Constitución Política. “Artículo 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda.”

¹¹ Sentencia T- 516 de 2012 Mag. P. Dra. María Victoria Calle Correa, quien a su vez hace citación de la: “T-308 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias T-251 de 1995 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa); T- 258 de 1997 (MP. Carlos Gaviria Díaz); y T-617 de 2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis).”

condición de debilidad manifiesta y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo. Este deber de protección se concreta y realza en el artículo 44 Ibídem que declara que los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los de los demás¹².

En el mismo sentido podemos encontrar amparo a sus derechos en la **Convención sobre los Derechos del Niños**, la **Declaración de los Derechos del Niño** e incluso en el **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, como preceptivas supraleales de algunos parámetros para la protección de los derechos fundamentales y demás que a aquellos les asiste¹³.

VIII. CASO EN CONCRETO

En el asunto objeto de estudio, el accionante pretende mediante la presente acción, que la accionante quien fuere en su momento su pareja, desaloje de inmediato el inmueble ubicado en la Transversal 81 A No.57G-61 Torre 4 apartamento 304, a efectos de que sus menores hijos puedan tener un techo digno al que acudir en estos tiempos de cuarentena debido al COVID-19.

Frente a tales pedimentos, la accionada dentro del término conferido, no realizó ninguna clase de pronunciamiento acerca de los hechos a los que aludió la parte actora en el escrito introductorio, lo que en principio, conllevaría a dar aplicación al artículo 20 de Decreto 2591 de 1991, que reza al tenor: *“Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano, salvo que el juez estime necesaria otra averiguación previa”*.

Sobre el particular, la H. Corte Constitucional ha señalado en innumerables oportunidades que la falta de contestación de la acción de tutela por parte de quien tiene el interés legítimo para oponerse a ella, conlleva una aceptación tácita del contenido del escrito genitor y por ende, de una presunción de veracidad que nunca fue desvirtuada; en palabras de la máxima Corporación se cita:

“El artículo 20 del Decreto-Ley 2591 de 1991, consagra la presunción de veracidad como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o el particular contra quien se ha interpuesto la acción de tutela, en aquellos eventos en los que el juez requiere cierta información (art. 19 Decreto 2591 de 1991) y aquella no es allegada dentro del plazo respectivo o simplemente no llega, dicha negligencia tiene como consecuencia que los hechos narrados por el accionante en la demanda de tutela sean tenidos como ciertos”.¹⁴

Conforme a lo indicado con antelación en armonía con lo reseñado en la parte dogmática de esta providencia, para este Despacho es viable continuar con el análisis de fondo de la tutela, toda vez que aun cuando los extremos de la misma son *personas naturales*, no puede pasarse por alto que el activante no solo pide amparo para él sino a favor de sus menores hijos, estos últimos para quienes de manera reiterada y consolidada ha afirmado nuestra jurisprudencia Constitucional, se les confiere una protección especial por parte del Estado, ya sea por razón de su edad o por encontrarse en especiales circunstancias de indefensión.

Con base en lo anterior, resulta necesario memorar también lo enseñado por el máximo Tribunal de la Jurisdicción, quien ha sostenido y así se encuentra ampliamente decantado en su precedente jurisprudencial, de la *improcedencia*

¹² C. Constitucional, Sentencia T-510 de 2003.

¹³ Para ampliar el tema, puede consultarse la C. constitucional. Sentencia SU-819 de 1999

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T - 517 de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. Expediente T-2.545.409. Demandante: Janet Barreto Leyva. Demandada: Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – Acción Social.

general de la acción de tutela para resolver discusiones frente a asuntos que generen controversias *de connotación contractual, económica* u otros que cuentan con su propio espacio ante los Jueces a quienes el legislador le ha encomendado conocer de aquella clase de asuntos, debido al carácter *subsidiario y residual* de la acción de tutela, toda vez que el legislador tiene previsto que ellos han de ser solucionados por medio de los *recursos ordinarios* y ante la jurisdicción correspondiente, es decir, existe autoridad judicial legalmente instituida para dirimir ese tipo de situaciones.

En este orden de ideas, se encuentra limitado al Juez de Tutela para invadir competencias que tienen su propio escenario, debido a que no es suficiente que se alegue vulneración o amenaza a un derecho fundamental, para que automáticamente se legitime su procedencia; lo que no implica que se deba desconocer la línea jurisprudencial que nuestra H. Corte Constitucional ha adoptado de manera excepcional para la procedencia de la tutela para aquellos casos donde avizora *la inminencia de un perjuicio irremediable* que justifique su *trámite transitorio* y en eventos para *proteger a personas que ha calificado como de especial protección constitucional*¹⁵.

Por otra parte, recuérdese, que cualquier fallo judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso¹⁶ y corresponde a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que tienen el efecto jurídico al que aspiran.¹⁷ Esto, para conseguir una decisión favorable a las pretensiones o excepciones según sea el caso y, la acción aquí analizada no es ajena a ello.

Descendiendo al caso dejado bajo estudio de esta sede de tutela, ciertamente con el acervo probatorio recaudado es dable deducir, que entre accionante y accionada existen diferencias que se han tornado penosas al punto que no solo registran entre si procedimientos de medidas de protección por quejas de una y otra parte y que tienen íntima relación con aspectos de violencia intrafamiliar, sino que incluso han abarcado aquellas desavenencias en otros campos (penal y disciplinario para una de la Comisarias de Familia), por lo cual dable es colegir que no es la vía de la tutela el medio idóneo para zanjar aquellas discrepancias de la expareja, máxime cuando no solo están en juego derechos de los menores hijos en común sino se ha involucrado a otra menor cuya progenitora es la aquí accionada, por ende el activante no puede pregonar un mejor derecho por medio de sus afirmaciones, ni tampoco desconocer que tiene vías ante las Comisarias de Familia que conocen de las tres medidas de protección y que fueron claramente expuestas en el resumen de la respuesta que a éste trámite se otorgaron por los entes vinculados, para retornar a la vivienda en común, esto si se tiene que el mismo accionante en sus relatos indica que la adquirió cuando mantuvo la convivencia con la señora Saavedra y que de lo extraído de las pruebas que el mismo arrimó al expediente, entre ellas el certificado de tradición del bien, sus notas dejan ver que sobre aquel se constituyó PATRIMONIO DE FAMILIA en favor de aquella como de sus menores hijos <ver anotación No.5 del anexo 1>.

Sumado a lo anterior, esta Juzgadora al hacer un análisis de los requisitos formales de la acción de tutela evidencia lo siguiente:

Si bien para el caso en concreto se puede en principio presumir que por la situación actual debido a la pandemia generada por el COVID-19 y que es de público conocimiento, el accionante se esta viendo afectado en sus ingresos y por supuesto que debe asumir ciertos gastos que demanda su condición y ante lo que requieren

¹⁵ Sobre la materia pueden consultarse entre otras, las sentencias de tutela C-005 de 2007, T-030 de 2015, T-161 de 2017, T-260 de 2019

¹⁶ Art.164 del C. G. del P.

¹⁷ Art.167 ibídem

sus hijos, condición que además comparten muchos conciudadanos, ya que indica ha sufragado costos de arriendo del hogar donde reside con los menores, y a si mismo que se están vulnerando los demás derechos reclamados por parte de la accionada, no es menos cierto, que la acción de tutela esta dirigida contra una persona “particular”, de la cual dentro de este amparo, no se extrae que el accionante este bajo los preceptos de indefensión o subordinación frente a la persona accionada, como quiera que la señora Carmen Saavedra fue en su momento su pareja sentimental y como madre que es de sus dos hijos ostenta idéntica condición o posición respecto del aquí accionante.

Por lo anterior, como ya se mencionó en líneas anteriores, el estado de indefensión se configura cuando la persona no cuenta con medios físicos o jurídicos que le permitan resistir las agresiones de otro particular sobre sus derechos fundamentales. Lo primero que hay que decir es que no se evidencia una conducta reprochable de la persona accionada que vulnere los derechos fundamentales del accionante, pues en la actualidad y según lo mencionado por la Comisaría vinculada, tanto él como sus menores hijos, habitan en un inmueble en unas condiciones dignas, lo que conlleva a presumir que no están inmersos a un inminente perjuicio irremediable.

Sobre tal temática, la Corte Constitucional mediante sentencia T- 365 de 2006, señaló:

“...la existencia de perjuicio irremediable no se reduce a simples afirmaciones del demandante, sino que exige la acreditación del mismo dentro del proceso:

*No sobra subrayar que cuando se alega la existencia de un perjuicio irremediable no basta con **meras afirmaciones**, toda vez que incumbe a la parte que lo alega aportar prueba que permita su acreditación en sede de tutela. [Así se ha pronunciado este Tribunal] en reiterada jurisprudencia, entre las que se encuentra la sentencia T-278 de 1995, en la cual se expresó: ‘En relación con el perjuicio irremediable, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de expresar que, para que este se configure **no basta la sola afirmación del accionante**, sino que aquél debe estar plenamente acreditado en el proceso, y que además se adopte como mecanismo transitorio, mientras resuelve el derecho por parte del juez competente para decidir la situación en forma definitiva...’.*

Ahora bien, sucede lo mismo con la subordinación, en tanto como se explicó, no existe una relación jurídica que ponga en desventaja una parte de la otra, situación que viene de la mano con el requisito de la subsidiariedad, el cual como quedo establecido, hace referencia a que si existen procedimientos dentro del ordenamiento jurídico para proteger los derechos fundamentales, se deben hacer uso de estos, como es lo que sucede en el presente caso según las manifestaciones realizadas por el accionante en el escrito de tutela.

Así entonces, se puede razonar que entre el accionante y la accionada existe una relación igualitaria, con la excepción de la medida provisional de custodia de los hijos que se han generado por medidas de protección pedidas recíprocamente, inicialmente a favor de la madre y ahora del padre y, que sin duda aquello fue debido al quebranto de la relación sentimental y familiar que sostenían y que solo a los mismos incumbe, donde segura y lamentablemente, se han visto no solo ellos sino principalmente los menores involucrados a tensiones personales, derivadas de una serie de conflictos familiares que en la actualidad denota que los únicos que se verán perjudicados de seguirse con las discordias, son los infantes, mas sin embargo, estos inconvenientes familiares fueron ya sometidos a procesos tanto penales como administrativos como quedó demostrado por la Personería de Bogotá y la Comisaría Octava de Familia de la localidad de Kennedy, esta última entidad bajo su potestad legal es quien los regula y hará el seguimiento a las medidas de protección y,

definirán los comportamientos que desplieguen los padres de los menores, quienes ha de decirse deberán seguir y, sin que por el dicho de aquellos alguno ostente una posición mejor que al del otro, pues es evidente las rencillas y resquebrajamiento de sus valores al punto de perderse el respeto debido y, la ausencia de una correcta actuación en consideración de propender por el bienestar de los menores de edad por encima del propio.

Por lo tanto, no es plausible acoger la posición única del accionante para acceder a su pretensión de que por esta vía se ordene a su expareja el desalojar el inmueble indicado en su queja constitucional, además que si existen factores y sobre los cuales no se entraran a discutir menos aún se ponen en duda, como el hecho de que no le ha sido viable al señor ANAYA pagar las cuotas adeudadas del crédito hipotecario con cual adquirió dicho bien y que dice, lo es debido a que debe pagar un arriendo para que junto con sus hijos tengan un techo, no quiere decir que solo ello sea el único aspecto por el cual presenta mora y consecuente incertidumbre de perder el inmueble por el estado actual que la obligación registra, pues debe tenerse presente que una cosa es el comportamiento crediticio y otra el deber legal del sostenimiento de sus hijos, esto último que sin duda incumbe a los dos padres y así ellos han de aportar económicamente para cubrir sus gastos, aunado a que el FNA afirma en su informe, que le ha brindado opciones al accionante para que normalice la obligación hipotecaria, además el inmueble hace parte de la comunidad patrimonial surgida y cualquier derecho que sobre el mismo se pregone debe ser debatido por medios judiciales idóneos y vías legales establecidas para tales menesteres, lo que no es dable de ser analizados por esta especial y excepcional vía de la tutela.

Lo anterior, por cuanto sabido se tiene que la acción de tutela no fue consagrada en la Constitución, como medio para reemplazar o sustituir los procedimientos existentes en nuestro ordenamiento jurídico, ni tampoco ser una segunda instancia o un instrumento al cual es posible acudir como mecanismo alternativo de esos procesos, pues como enseña la H. Corte Constitucional, la tutela no fue traída a nuestro ordenamiento “para suplir las deficiencias en que las partes, al defender sus derechos puedan incurrir, porque se convertiría en una instancia de definición de derechos ordinarios (...) y no como lo prevé la Carta Política, para definir la violación de los derechos constitucionales fundamentales”¹⁸. La misma Corporación agregó que no hay lugar a que prospere la acción de tutela cuando la persona que la invoca cuestione la acción de las autoridades por errónea interpretación de la ley, ni el caso de que la decisión de la autoridad pública o del particular hayan definido el derecho dentro de sus competencias constitucionales y legales e indicó:

*“la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la carta reconoce”*¹⁹

Tampoco es dable en este escenario debatir si existen falencias en los proceso que se adelantan ante la Comisaria de Familia, máxime cuando la aquí convocada OCTAVA DE FAMILIA KENEDY UNO, bajo las exposiciones presentadas por las dos comisarias que la tienen a su cargo, una de ellas que conoce del trámite de dos medidas de protección y, la otra, la tercera o restante, donde fungen calidades de accionante o accionado las mismas personas que hacen parte de la presente acción de tutela, al unísono señalan que existen por dichos procedimientos vías para que el activante solicite ante su Despacho con el

¹⁸ Sentencia T-008 de 1.992 M.P. Dr. Fabio Moron Díaz

¹⁹ Sentencia T-001 de 1.992 M. P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

cumplimiento de requisitos legales y mediante trámite incidental, el levantamiento o terminación de la medida de desalojo que se le impuso, máxime cuando en esos casos gozan de presunción de legalidad y acierto las decisiones que allí se han proferido y conforme dan cuenta los expedientes que se allegaron a este asunto.

Corolario de lo anterior, recuérdese que la intervención del Juez Constitucional se compadece si observa alguna irregularidad procesal o una flagrante vulneración de derechos fundamentales y eventualmente de avizorarse la existencia de un perjuicio irremediable, esto último aquí también se descarta, por cuanto no pueden ser de recibo las razones que alude el actor constitucional para soportarlo, toda vez que a todas luces el debate emerge sobre asuntos netamente familiares y patrimoniales y dado que según visita que se informó realizó la Trabajadora Social dentro de uno de las 3 Medidas de Protección, los menores de edad para quienes se agenció esta acción de amparo, se hallan en condiciones aceptables bajo tutela provisional de su padre-accionante y que al actor como a la accionada dichas autoridades por procedimiento reglado, les ha reiterado que deberán adelantar los trámites legales para disolver y liquidar la sociedad patrimonial que constituyeron y, mediante vías legales, aspectos con los cuales no puede decirse que se les puedan causar efectos fatales, irremovibles, circunstancia extrema que permita una excepcional decisión frente al desalojo pretendido, esto es, no puede obviar el accionante medios idóneos fijados por el legislador para obtener su pretensión ni pretender que el Juez de Tutela pretermita en casos como el expuesto, que los agote.

Por lo esbozado en precedencia, el accionante deberá hacer uso de los mecanismos que la ley ha otorgado a efectos de adelantar las gestiones necesarias a fin de liquidar su sociedad patrimonial y quien incluso tiene vías expeditas como la conciliación para solventar la tensión con su expareja o de no ser posible vías administrativas, notariales o judiciales, mecanismos que se eitera, no se pueden agotar mediante esta acción de tutela, como quiera que allí, se debe requerir un análisis más de fondo, mediante la aportación de pruebas y que garantiza de la manera más idónea la protección de los derechos fundamentales que hoy se invocan, sino el derecho a la propiedad que el accionante se conduele y aquellos que a su vez pueden estar en cabeza de su ex pareja sentimental por virtud de esa sociedad.

Finalmente, y en gracia de la discusión, no se puede pasar desapercibido y que se torna relevante a la causa, lo mencionado por la Comisaría vinculada cuando decanta que: “Es importante indicar que el señor David Anaya podría haber solicitado ante el Despacho Comisaria el levantamiento o la terminación de la orden de desalojo impuesta en su contra (...)”, lo que significa que sumado a las actuaciones ordinarias que puede ejercer en la jurisdicción correspondiente, tiene además mecanismos dentro de las acciones de protección que interpuso, es decir se soporta más el argumento de que la acción de tutela no es el mecanismo para ordenar el desalojo de un inmueble por parte de la accionada, más aun cuando se tiene por entendido que los menores en la actualidad no están sufriendo condiciones dificultosas y que su señor padre les esta garantizando un ambiente digno en su vivencia diaria o por lo menos no existe denuncia de situación adversa para aquellos sujetos de especial protección, que ha de decirse en primer orden su precaución y equiparamiento para solventar sus necesidades básicas y de estudio se encuentra en cabeza de sus progenitores y donde claro está incumbe a la familia, sociedad y Estado igualmente avalar acciones con el mismo fin, al punto que al caso de marras se informa se le hace seguimiento no solo por la prenombrada Comisaria sino incluso por la Personería de Bogotá y ahora por virtud de éste tramite puede velar también por tal objetivo el I.C.B.F. acorde a sus competencias y misionalidad.

En conclusión, no se puede presumir que en la actualidad el accionante y sus menores hijos se encuentren en un estado de indefensión o padezca de una situación desfavorable o de debilidad manifiesta o que se avizore un perjuicio irremediable, por lo tanto es claro para esta oficina judicial que la presente acción de tutela es improcedente, pues brilla por su ausencia el requisito de subsidiariedad, como quiera que el accionante cuenta con una serie de trámites administrativos y judiciales, y no se encuentran reunidos las connotaciones mínimas de la excepción jurisprudencial, que den paso a resolver la controversia en sede constitucional y menos en la forma pretendida.

IX. DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Cuarenta y Tres (43) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR el amparo de tutela formulado por DAVID ANAYA actuando en nombre propio y como agente oficioso de sus menores hijos, conforme a los considerandos expuestos en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión a los intervinientes en la forma más expedita, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 del decreto 2591/91.

TERCERO: INDICAR a los extremos de la acción, que contra la presente providencia procede la impugnación ante el Superior, en los términos previstos en el artículo 31 ibídem.

CUARTO: REMITIR por Secretaría en su oportunidad y por medio establecido para el efecto, el expediente a la H. Corte Constitucional, a efectos de su eventual revisión, y, en el evento en que no sea impugnado este fallo (Arts.32 y 33 ejusdem).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


RUTH MARGARITA MIRANDA PALENCIA
JUEZ



Ds

Firmado Por:

RUTH MARGARITA MIRANDA PALENCIA
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 061 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: 6038ddeb0c27169fb58c373296d68cfd54d58fc8297be4f4cd0abe7d8eaa4a93
Documento generado en 10/08/2020 09:18:09 a.m.