

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



JUZGADO TERCERO CIVIL MUNICIPAL
Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020)

REF. Tutela No. 11001400300320200039100

Se resuelve la solicitud de amparo presentada por **Martha Gómez de Franco** a través de apoderada judicial contra la **Yesica Alexandra Taborda Betancur**, a cuyo trámite fueron vinculados a la Comisaria 19 de familia II Sector y al Centro Zonal de San Cristóbal ICBF Regional.

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La querellante interpone la presente acción de rango constitucional para que se protejan sus garantías fundamentales a la integridad física, la salud física y emocional, a tener una familia y no ser separado de ella, en garantía de su desarrollo armónico e integral en el entendido de que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás por mandato constitucional en cabeza del menor xxxx.

1.2.- Aduce que ha tenido bajo su cuidado al menor xxxx desde que contaba tres meses de edad junto a su esposo Héctor Hugo Herrera Lozano. El niño fue entregado por la señora Esperanza Gómez abuela paterna del menor con autorización de su progenitora.

1.3.- Cuando fue entregado el menor este contaba con condiciones de salud pésimas, a lo largo de los ocho años del menor fue visitado por su madre en cinco (5) oportunidades, lo que ha incidido en su relación. Las ausencias y omisiones han dado aplicación al artículo 127 del Código Penal.

1.4.- Indica que cada vez que la accionante visita al menor este expresa sentimientos de temor y se afecta su comportamiento, además que el entorno de la accionada no es el adecuado para el desarrollo del niño. Cuando el menor tenía cuatro años se citó a los accionantes ante el centro Zonal de Bienestar familiar de San Cristóbal para definir la custodia del menor, evento que no ocurrió.

1.5.- El pasado 27 de julio de los corrientes la accionada citó a la señora Gómez de Franco a audiencia de conciliación para solicitar custodia, momento en que se fijaron parámetros para ejercer custodia, cuota alimentaria, vestuario y vistas, empero, señala la solicitante que no se tuvo en cuenta que el menor no reconoce a la accionada como su madre, lo que

conlleva a que el menor se afecte gravemente en su salud emocional y comportamental.

1.6.- Por lo anterior solicita suspender o cancelar la decisión adoptada por la Comisaria 19 de Familia en lo tocante a la custodia y visitas de la accionada frente al menor, mientras se solicita suspensión o invalidación ante la Justicia Ordinaria, momento en que se solicitará la privación de la patria potestad.

1.7.- En el trámite constitucional, la accionada manifestó que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para esta reclamación, en tanto, el competente es el Juez de Familia.

1.8.- Los vinculados guardaron silencio fustigados guardaron silencio.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- Problema jurídico

En el presente asunto corresponde verificar si al menor xxx representado por Martha Gómez de Franco se le vulneraron las garantías fundamentales a la integridad física, la salud física y emocional, a tener una familia y no ser separado de ella, en garantía de su desarrollo armónico e integral en el entendido de que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás por mandato constitucional, al haberse regulado visitas con su progenitora (accionada).

2.2.- Análisis del caso

2.2.1.- Para comenzar, se pone de presente que el inciso 4º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que esta 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, como lo indica el extremo accionante

2.2.2.- Del texto de la norma se evidencia que, existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer.

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se

acredita (i) que el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) que siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela.¹”

En relación con esto la jurisprudencia ha reiterado que mediante acción de tutela no se podrá controvertir medidas tendientes a restablecer los derechos de los menores de edad, entonces se estableció como regla que el medio jurisdiccional de homologación es el mecanismo idóneo para controvertir las medidas definitivas tomadas en este tipo de casos, pues la tutela única y exclusivamente aplicaría en el caso de cuestionamiento frente a las actuaciones adoptadas dentro del procedimiento del restablecimiento del derecho y no para que se haga efectiva la misma.

2.2.3.- Verificado el cardumen probatorio se tiene que, mediante acta de data 27 de julio de 2020 la Comisaria 19 de Familia, estableció visitas y momentos de esparcimiento a la accionada con el menor xxx, cada ocho días los días sábados y domingos entre las 12:00 pm y 4:00pm, decisión que conforme a las documentales aportadas fue aceptada, en tanto, no se evidencia solicitud para ser remitida ante los Jueces de Familia del Circuito de Bogotá para lo de su cargo.

2.2.4.- Entonces, debe precisarse que la acción de tutela no procede cuando exista otro medio de defensa judicial, y en el asunto estudiado la solicitante deberá hacer uso oportuno de los instrumentos de defensa contemplados en el ordenamiento jurídico. El alto tribunal constitucional ha pregonado que *“quien no ha hecho uso oportuno y adecuado de los medios procesales que la ley le ofrece para obtener el reconocimiento de sus derechos o prerrogativas se abandona voluntariamente a las consecuencias de los fallos que le son adversos. De su conducta omisiva no es responsable el Estado, no puede admitirse que la firmeza de los proveídos sobre los cuales el interesado no ejerció recurso constituya transgresión u ofensa a unos derechos que, pudiendo, no hizo valer en ocasión propia. Es inútil, por tanto, apelar a la tutela, cual si se tratara de una instancia nueva y extraordinaria, con el propósito de resarcir los daños causados por el propio descuido procesal”*²

Sin embargo, cuando la tutela se interpone persiguiendo el amparo de los derechos de sujetos de especial protección constitucional, entre los cuales encuentran los menores de edad, debe evaluarse en cada caso, y frente a la situación de cada menor, si un pronunciamiento del juez constitucional se hace necesario para salvaguardar los derechos del menor. Ello puede ocurrir cuando resulte evidente una irregularidad en el trámite administrativo que puede ocasionar una grave lesión a los derechos fundamentales de un menor de edad, evento que hasta el momento no se encuentra demostrado.

¹ Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

² Corte Constitucional sentencia T-520 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En el caso objeto de estudio, no se observa que se hubiere adelantado un trámite contrario a la ley, en tanto la decisión tomada por la Comisaria de Familia no fue objeto de réplica por parte de la accionante, lo que permite establecer que estuvo en dicho momento de acuerdo con la decisión y por lo tanto no se evidencia a la fecha ningún evento que pueda causar un perjuicio irremediable a los derechos de los menor, dado que la peticionaria no demostraron siquiera trámite de custodia, el inicio del proceso de restablecimiento de derechos o privación de la patria potestad, siendo este el mecanismo idóneo para suspender los efectos de la decisión tomada por la comisaria antes enunciada.

2.2.5- Colofón de lo expuesto, es claro que el promotor constitucional deberá dar trámite a lo dispuesto en el Código de Infancia y Adolescencia (ley 1098 de 2006), esto es realizando su solicitud conforme al artículo 96 y siguientes de la norma en cita, pues a la fecha no ha sido diligente con su defensa, así como tampoco empleó los mecanismos dispuestos por la legislación colombiana para dirimir los conflictos que se susciten en razón a los argumentos planteados de su parte.

2.2.6.- De otro lado, tampoco se evidencia perjuicio irremediable por el cual se deba conceder la salvaguarda así sea como mecanismo transitorio como se indicó anteriormente.

La jurisprudencia nacional ha concebido al denominado perjuicio irremediable como:

“(…) aquel daño causado a un bien jurídico como consecuencia de acciones u omisiones manifiestamente ilegítimas y contrarias a derecho que, una vez producido, es irreversible y, por tanto, no puede ser retornado a su estado anterior. Al respecto, del análisis de las pruebas aportadas al expediente no se infiere la existencia de un perjuicio de carácter irremediable que pudiese evitarse con el ejercicio transitorio de ésta acción, ya que no basta sólo afirmar la irreparabilidad del mismo, sino, ofrecer las explicaciones y pruebas correspondientes, para que el juez de tutela adquiera plena certeza sobre su ocurrencia.”³ (Subrayado fuera del texto).

Así mismo, la Corte Constitucional ha establecido que nos encontramos frente a un perjuicio irremediable cuando *“En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”*⁴; presupuestos que no se satisfacen en el sub lite.

³ Jurisprudencia comentada en el fallo T-373 de 2007

⁴ Sentencia T-1316 de 2001

2.2.7.- En este contexto, es palpable que la tutela no es el camino idóneo para dirimir la presente controversia, pues el actor cuenta con otros elementos de defensa. De igual forma, no se vislumbra la configuración de un perjuicio irremediable que requiera la intervención inmediata de este Despacho, pues se observa que la Comisaria de Familia 19 estableció el régimen de visitas, se encuentra al tanto de tal situación y es el ente competente para resolver tal conflicto, así como los Jueces de Familia.

2.2.8.- En conclusión, se desestimará el resguardo.

III.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de amparo invocada por **Martha Gómez de Franco** a través de apoderada judicial.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, por el medio más expedito, suministrándose también un correo electrónico del juzgado donde también puedan allegarse los escritos respectivos.

TERCERO: REMITIR la actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, teniendo en cuenta la suspensión de términos, consignado en el paragrafo 1ª del artículo 1ª del Acuerdo PCSJA20 – 11581 por el cual se dictan disposiciones especiales sobre el levantamiento de términos previstos en el Acuerdo PCSJA20 – 11567 de 2020

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Orlando', with a large, stylized flourish above it.

ORLANDO GILBERT HERNÁNDEZ MONTAÑEZ
Juez