



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co**

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020)

Rad: 11001400300720200030701
Accionante: OLGA LUCÍA BRICEÑO CASAS
Accionada: COMISARÍA DE FAMILIA TRECE DE TEUSQUILLO.

Procede el despacho a resolver la impugnación presentada por la accionante en contra de fallo de primera instancia proferido el 29 de abril de 2020 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, dentro de la acción de tutela de la referencia y previo el estudio de los siguientes,

I. ANTECEDENTES

1. En síntesis, indica la accionante que ante la Comisaría de Familia de Kennedy adelantó trámite de conciliación con el señor Luis Fabián Barriga Romero para la custodia, visitas y alimentos en favor de su hijo Juan José en donde se definió provisionalmente la custodia en favor de su padre, sin que se conciliara en un segundo intento lo concerniente a la modificación de custodia; que el 28 de febrero del año en curso el Juzgado Primero de Familia admitió demanda de custodia, en donde se otorgó en su favor y de su hijo medida de protección provisional por presuntos hechos de violencia física y verbal en su contra, se le asignó la tenencia provisional del menor y remitió el caso a la Comisaría de Familia de Teusaquillo por competencia, que le fijó el 27 de marzo de la presente anualidad para audiencia para medida de protección definitiva.

El 22 de marzo el Gobierno Nacional expidió el Decreto Nacional para el aislamiento obligatorio en virtud de la pandemia originada por el Covid-19, en el que se dispuso, entre otras decisiones, el toque de queda para menores, el que es de obligatorio cumplimiento.

Indicó que el día que se enteró de la fecha asignada por la Comisaría, se acercó a sus instalaciones con la intención de anexar documentos, los que no se le recibieron pues le informaron que lo podría realizar el día de la audiencia, diligencia a la que no pudo asistir por encontrarse sola en su casa y para no poner en riesgo la salud de ella y su hijo en acatamiento a lo dispuesto en el Decreto de emergencia; señala que para justificar su inasistencia se comunicó telefónicamente y pidió se le tuviesen en cuenta los documentos que

dan cuenta de las lesiones sufridas por el menor, lo que no se le tuvo en cuenta y se adoptó una decisión que considera no clara y contradictoria, ya que se resolvió a favor del niño pero le fue revocada la tenencia de él que ella ostentaba y entregárselo al padre infractor y, vía e-mail recibió contestación por parte de la Comisaría en la que se le indicó que no era la oportunidad para allegar pruebas.

Sostiene que la audiencia se ha debido realizar usando los medios magnéticos o tener por justificada la inasistencia, dada la contingencia establecida y no limitarse a dar contestación vía correo como lo hizo, dada la situación de fuerza mayor que se está atravesando en el país.

Agregó, que como el padre del menor es médico y tiene conocimiento de que es posible que haya tenido que atender casos de Covid-19, entregarle la tenencia del menor lo pone en riesgo y que tampoco cuenta con el tiempo para atender al niño y el cuidado recaería en la abuela paterna a quien tiene denunciada por maltrato.

Informó que el 2 de abril interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Comisaría de Familia, pero que ello puede ser demorado por el cierre de los juzgados, por lo que acude al amparo constitucional para que la accionada tramite nuevamente la audiencia, se suspenda la decisión que profirió, se imponga multa al padre y se le ordene tratamiento terapéutico y se le restrinjan o controlen las visitas que le haga a su menor hijo.

II. ACTUACIÓN SURTIDA

2. Sometida al reparto la presente acción constitucional le correspondió su conocimiento al Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, quien la admitió, vinculó a Luís Fabián Barriga Romero y a la Comisaría de Kennedy, disponiendo la notificación de la accionada y vinculados, instándolos para que ejercieran su derecho de defensa y se pronunciaran sobre los hechos que la fundamentan.

3. Dentro del término concedido, la entidad accionada señaló que se ha de tener en cuenta que los trámites de protección por violencia intrafamiliar son perentorios y se deben tomar medidas de manera urgente aplicando normas especiales y obviando mecanismos y procedimientos ordinarios, lo que se le puso de presente a la accionante en la providencia que se le citó para llevar la audiencia en las diligencias sin que mostrara inconformidad alguna; que la accionante en su condición de abogada no solo busca protección del menor sino su intención principal es modificar lo concerniente a la custodia del mismo, pretendiendo obviar de forma sesgada el trámite ordinario establecido para ello; pretendiendo de igual manera, aportar dictamen médico legal practicado el 9 de marzo y que no aportó al

expediente en su momento; que la accionante no asistió el día de la audiencia ni justificó su inasistencia, negando la afirmación de que el 31 se comunicó de manera telefónica ya que solo aparecen las llamadas que hizo los días 1 y 2 de abril; las medidas que se adoptaron en el trámite se ajustan a la realidad y de manera alguna como lo señala la actora, quien lo que en realidad busca es modificar lo concerniente a la custodia del menor para lo cual debe acudir a otras instancias.

4. La vinculada, Comisaría de Kennedy señaló que la tutela deviene improcedente por existir otros mecanismos, además que no se desconoció el debido proceso ni el derecho de defensa.

5. El padre vinculado guardó silencio.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

6. Mediante providencia adiada del 29 de abril del año en curso, el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá, profirió decisión de fondo en este asunto, negando el amparo constitucional reclamado bajo los argumentos que lo pretendido por la accionante va dirigida contra la decisión adoptada dentro de la medida de protección No. 2106 de 2020, por medio de la cual se impuso medida de protección definitiva a su favor, levantando las medidas provisionales que adoptó la Comisaría Octava de Familia de Kennedy IV, conminó al señor Barriga Romero para que se abstenga de ejercer cualquier acto de violencia, agresión o maltrato, amenaza, escándalo u ofensa en contra de ella y menos en presencia de su hijo; igualmente, para que acuda a asesoría profesional con psicología o psiquiatría, para el manejo de conflictos familiares a los que debe acudir la accionante. De dicha decisión dijo no apreciar que en tal escenario se hayan pasado por alto las garantías constitucionales que le asisten a la accionante, advirtiéndole que la actora no agotó los mecanismos de defensa creados por el legislador para reclamar directamente ante la misma autoridad y ventilar de este modo la legalidad de las situaciones que denuncia como causantes de la afectación de sus garantías constitucionales, esto es, lo atinente a la justificación que resaltó no estar en tiempo, así como lo atinente a la falta de claridad de las decisiones allí tomadas, destacando que al juez constitucional le está vedado intervenir en situaciones litigiosas so pena de convertirse en una instancia judicial adicional.

Aunado a ello sostuvo, que la decisión tomada por la comisaría accionada, no conculca los derechos fundamentales de la actora ya que se soportó en el régimen jurídico aplicable al caso y con las pruebas allegadas y si bien le asiste razón a la actora cuando señala que la audiencia se pudo realizar a través del uso de medios tecnológicos, también lo es que contó con el tiempo suficiente para

comunicarse con la Comisaría e informarle sobre la imposibilidad de asistir a la audiencia para la fecha agendada, sin que se pueda utilizar el mecanismo constitucional como una instancia adicional.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

7. Inconforme con la decisión de primera instancia, la accionante, mediante comunicación electrónica remitida al correo de la sede judicial de primera instancia oportunamente manifestó su deseo de presentar impugnación a la decisión de primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES

1. Mediante la carta constitucional de 1991, se determinó que la organización del Estado colombiano debía realizarse conforme a los principios de un Estado de Derecho, lo que implica que cada una de las instituciones que lo componen deben estar sujetas a una serie de reglas procesales, que se encargan de crear y perfeccionar todo el ordenamiento jurídico; de esta manera se limita y controla el poder estatal con el fin de que los derechos de los asociados se protejan y puedan realizarse, dejando de ser imperativos categóricos para tomar vida en las relaciones materiales de la comunidad.

Una de las características fundamentales del Estado de Derecho, es que las actuaciones y procedimientos regulados deben sujetarse a lo dispuesto en los postulados legales.

Estos principios y derechos constitucionales irradian a todo el ordenamiento jurídico su espíritu garantista, que busca como fin último la protección y realización del individuo en el marco del Estado al que se encuentra asociado.

Uno de los mecanismos destinados a buscar la materialización de los principios que componen el Estado de Derecho es la Acción de Tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional, como el instrumento idóneo para que toda persona logre la garantía y protección de sus derechos fundamentales cuando estos hayan sido vulnerados o sean amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular.

2. Por su parte el artículo 31 del Decreto 2591 de 1.991, reglamentario del artículo 86 de la Constitución Nacional, establece que el fallo que se dicte por el Juzgado que adelantó el conocimiento de una Tutela, puede ser impugnado ante el superior por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, lo anterior sin perjuicio de su cumplimiento inmediato.

3. Con relación al problema jurídico detallado en el fallo de primera instancia, resulta pertinente acudir a las decisiones que el máximo órgano de la jurisdicción Constitucional ha enseñado:

“La acción de tutela fue regulada en el Artículo 86 de la Constitución Nacional como un mecanismo judicial autónomo¹, subsidiario y sumario, que le permite a los habitantes del territorio nacional acceder a una herramienta de protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten amenazados o vulnerados por las autoridades públicas, o incluso por particulares, según lo determinado en el Artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Para que proceda este medio privilegiado de protección se requiere que dentro del ordenamiento jurídico colombiano no exista otro medio de defensa judicial² que permita garantizar el amparo deprecado, o que existiendo este, se promueva para precaver un perjuicio irremediable caso en el cual procederá como mecanismo transitorio.

*De esta manera, en el marco del principio de subsidiaridad, es dable afirmar que **“la acción de tutela, en términos generales, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los derechos**, pues con ella no se 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”.*³

Puntualmente, en cuanto a la acción de tutela adelantada contra actos administrativos, la posición sentada por este Tribunal ha reiterado que, en principio, resulta improcedente, dado que el legislador determinó, por medio de la regulación administrativa y contencioso administrativa, los mecanismos judiciales pertinentes para que los ciudadanos puedan comparecer al proceso ordinario respectivo y ejercer su derecho de defensa y contradicción, dentro de términos razonables. En la sentencia T-957 de 2011, la Corte Constitucional se pronunció en el siguiente sentido:

“(…) la competencia en estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de este tipo de procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad”.

Debe tenerse en cuenta que el legislador adelantó un trabajo exhaustivo para la expedición de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, con el fin de ofrecer un sistema administrativo que responda de manera idónea y oportuna a los requerimientos de los ciudadanos, todo bajo la luz de la eficacia, la economía y la celeridad, entre otros principios.

1 Sentencia T-583 de 2006, “Esto significa que no es recurso dentro de otro proceso judicial.”

2 Al respecto, revisar entre otras, las sentencias T-661 de 2007, T-556 de 2010, T-404 de 2010.

3 Consultar, entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, T-599 de 2002, T-803 de 2002, T-273 de 2006, T-093 de 2008, SU-037 de 2009, T-565 de 2009, T-424 de 2010, T-520 de 2010, T-859 de 2010, T-1043 de 2010, T-076 de 2011, T-333 de 2011, T-377A de 2011, T-391 de 2013, T-627 de 2013, T-502 de 2015 y T-575 de 2015.

En atención a ello, los mecanismos ordinarios deben utilizarse de manera preferente, incluso cuando se pretenda la protección de un derecho fundamental. No obstante, en este caso, se deberá evaluar que el mecanismo ordinario ofrezca una protección “cierta, efectiva y concreta del derecho”⁴, al punto que sea la misma que podría brindarse por medio de la acción de amparo⁵.

Al respecto, en la Sentencia T-007 de 2008 la Corte Constitucional, después de hacer un análisis concentrado de este tema, manifestó lo siguiente:

“En aquellos casos en que se constata la existencia de otro medio de defensa judicial, establecer la idoneidad del mecanismo de protección alternativo supone en los términos del Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, que el otro medio de defensa judicial debe ser evaluado en concreto, es decir, teniendo en cuenta su eficacia en las circunstancias específicas que se invoquen en la tutela.⁶ Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa”⁷ a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela.⁸”⁹ (resaltado ajeno al texto)

4. Descendiendo al caso concreto de entrada debe decirse que la decisión objeto de estudio ha de ser confirmada, pues se fundamentó esencialmente en que la situación puesta de presente por la accionante desconoció el requisito de la subsidiariedad, en la medida que la actora no hizo uso de los mecanismos ordinarios ante la Comisaria accionada dentro de los términos legales, pues bien pudo informar con la debida anticipación la imposibilidad de asistir a la audiencia, justificar en tiempo su inasistencia y pedir la respectiva aclaración dentro de los plazos pertinentes, lo que no aconteció y no puede pretender que vía tutela se le restablezcan dichos mecanismos pues ello convertiría al Juez Constitucional en una nueva instancia.

Atendiendo a los fundamentos esbozados en el trámite de la acción de tutela que nos ocupa, innegablemente se concluye que el amparo deprecado resulta improcedente ya que desconoce el principio de subsidiariedad para su procedencia, pues resulta palpable que la accionante dado el conocimiento científico en su calidad de

4 Sentencia T-572 de 1992

5 En este sentido, por medio de la Sentencia T-889 de 2013, se determinó lo siguiente “Por tal razón, el juez de la causa, debe establecer si ese mecanismo permite brindar una solución “clara, definitiva y precisa” a los acontecimientos que se ponen en consideración en el debate constitucional, y su habilidad para proteger los derechos invocados. En consecuencia, “el otro medio de defensa judicial existente, debe, en términos cualitativos, ofrecer la misma protección que el juez constitucional podría otorgar a través del mecanismo excepcional de la tutela”.

6 El Artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 dispone que “La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

7 Sentencia T-803 de 2002.

8 Sentencia T-384 de 1998 y T-206 de 2004.

9 Sentencia T 051 de 2016.

abogada, fue debidamente notificada con la debida antelación de la decisión que la citó a la audiencia a llevarse a cabo el pasado 27 de marzo por parte de la autoridad accionada. Igualmente, conforme a su narración, era conocedora de las restricciones emitidas por el gobierno Nacional proferidas el 22 de marzo por la pandemia originada por el Covid-19 y de ahí, que contó con el tiempo suficiente para informar acerca de la supuesta imposibilidad de comparecer de forma personal a la audiencia o solicitar que se le permitiese intervenir a través de los distintos medios tecnológicos, lo que no ocurrió.

Además, a pesar de que era conocedora de que no asistió a la audiencia, tan solo se comunicó con la Comisaría pasado el término legal para justificarse, tal y como lo informó el ente accionado que solo aparecía registro de llamada los días 1 y 2 de abril, lo que permite establecer que efectivamente como lo concluyó la primera instancia, la accionante no hizo uso de los recursos ordinarios con que contaba para reclamar frente a la autoridad accionada lo que ahora vía constitucional pretende, sin que sea de recibo para el caso pretender restablecer dichas oportunidades so pretexto de la situación que atraviesa el país por la pandemia originada por el Covid-19, la que si bien puede darse en ciertas ocasiones como eximente al principio bajo estudio, para el caso concreto no logra tal cometido por las razones explicadas.

5. Aunado a lo anterior, cabe destacar que tampoco se puede acudir a la acción constitucional para pretender imponer a una autoridad funciones que no le son propias, pues tal y como lo informó la Comisaría accionada, la decisión que se adoptó al interior de las diligencias que le fueron repartidas en lo único que le fue desfavorable fue lo concerniente a la custodia del menor, respecto de lo cual precisó no tener competencia para dirimir, ya que es de resorte del juez de familia, lo que refuerza la improcedencia de la acción de tutela incoada, ya que la accionante no puede pretender obviar procedimientos establecidos por el legislador para resolver asuntos específicos como son lo referente a la definición de la custodia.

Así las cosas, incuestionablemente la acción de tutela deviene improcedente al desconocerse el principio de subsidiariedad que la gobierna y como así lo concluyó la funcionaria de primera instancia, por lo que habrá de ser confirmada su decisión.

En virtud de los argumentos expuestos, el **JUZGADO CUARENTA Y CINCO CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia, proferido

por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Oralidad de Bogotá el día 29 de abril de 2020.

SEGUNDO: NOTIFICAR esta decisión por el medio más expedito a las partes y al Juez Constitucional de primera instancia. Déjese la constancia de rigor.

TERCERO: ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión una vez se restablezca la normalidad institucional para estos trámites. Déjense las constancias pertinentes.

Notifíquese y cúmplase


GLORIA CECILIA RAMOS MURCIA
Jueza