REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO CINCUENTA Y TRES CIVIL MUNICIPAL
Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Acción de Tutela Rad. 11001400305320200024000
Accionante: Joan Gabriel Cepeda Rodríguez
Accionada: Lady Carolina Hernández Pérez

ANTECEDENTES

Cumplido el trámite pertinente, se procede a resolver la acción de tutela instaurada por Joan Gabriel Cepeda Rodríguez quien actúa por medio de apoderado judicial, para que sea amparo el derecho fundamental de sus hijos a no ser separado de su famila.

HECHOS NARRADOS POR LA ACCIONANTE:

1. Dentro del matrimonio celebrado con la señora Lady Carolina Hernández Pérez, procrearon dos hijos, María Gabriela Cepeda Hernández, nacida el 20 de septiembre de 2017, identificada bajo el NUIP No 1016914775 y Juan Sebastián Cepeda Hernández, nacido el 29 de noviembre del año 2011, Identificado bajo el NUIP 1027287421.

2. El día 15 de enero del año 2020, en la Audiencia de Conciliación celebrada en la Personería de Bogotá, acordaron la custodia y cuidado personal de los menores en cabeza de la madre, Lady Carolina Hernández Pérez, continuando la patria potestad de los menores en cabeza de ambos padres.

3. El 27 de enero del 2020 los Señores Joan Gabriel Cepeda y la Señora de mutuo consenso suscriben "acuerdo de divorcio" en el cual se estipulan nuevamente los derechos y deberes de los padres, ante en la Notaria 45 del Circulo Notarial de Bogotá, en dicho acuerdo se estipularon visitas, alimentos, custodia en cabeza de la madre y ejercicio de la patria potestad en cabeza de los padres, revisado y avalado por el respectivo defensor de familia, condición en derecho para poder suscribir la respectiva escritura pública de divorcio.

4. Frente a las visitas acordaron que el padre podrá ver a sus hijos cada quince (15) días, recogiendo a los menores el sábado a las nueve de la mañana (9:00 a.m.) en el inmueble de la madre y dejándolos el domingo las seis de la tarde (6:00 p.m.).

5. Siguiendo las instrucciones de la accionada, el accionante, recogía a sus hijos los viernes cada 15, (no los sábados como decía el acuerdo), después de salir de su trabajo, (taller de mecánica, ubicado en Norte de la ciudad) y los dejaba el domingo finalizando la tarde.

6.La Señora Hernández, estipulaba las horas, reprochaba siempre al señor Cepeda, mencionando que por llevarlos al parque los menores después presentaban problemas de salud, debido a esto el accionante le propuso a la accionada pasar los sábados a la 7:00 a.m., para evitar el frio de la noche y así a los niños no les diera tos, propuesta que no fue aceptada señalando que si no llegaba a la hora acordada, no los vería, desconociendo el acuerdo suscrito, los derechos de sus hijos y los derechos del progenitor de sus hijos.

7. Han pasado más de 15 días en que el accionante no sabe de sus hijos, y que la madre no le contesta las llamadas en ningún número de contacto y no permitió que sus hijos volvieran a tener comunicación con su padre,

En razón a los hechos expuestos solicita se tutele el derecho fundamental del accionante y sus hijos, a no ser separados de su Familia y como consecuencia de ello se ordene de forma inmediata la comunicación abierta con sus hijos para así conocer las condiciones físicas, de salud y emocionales de sus menores hijos.

TRÁMITE PROCESAL:

Asignado el conocimiento, mediante decisión de 24 de abril de 2020, se admitió la presente acción y se dispuso la vinculación del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ordenado la notificación por el medio más idóneo y concediendo el término de un día para ejercer el derecho de defensa y contradicción.

Una vez notificadas las partes se obtuvo pronunciamiento así:

Lady Carolina Hernández Pérez manifestó:

Son ciertos los hechos respecto al divorcio de mutuo acuerdo, custodia y regulación de visitas, indicando que el accionante no indica en qué medida se le está ocasionando un perjuicio irremediable con el supuesto incumplimiento del convenio, ni está demostrando si sus hijos se encuentran en alguna situación apremiante de urgencia y gravedad.

Señala que nunca ha ejercido actos amenazantes, atentatorios ni mucho menos discriminatorios en contra del accionante, adicionalmente, indica que en la última fecha en la que el accionante hizo uso del régimen de visitas 7 de marzo de 2020, la niña fue diagnosticada con influenza tipo A y adquirió el Virus H1N1, cuya prueba aporta, lo cual impidió que la niña asistiera a sus clases escolares adicionalmente su hijo para la misma fecha también presento síntomas de fiebre.

Indica que no ha truncado la comunicación entre el accionante y sus hijos, que la idea de adquirir un celular para facilitar la comunicación entre ellos obedece a la medida de protección concedida a su favor por la autoridad judicial competente.

Por las razones anteriormente expuestas la accionando solicita se declare improcedente la presente acción constitucional por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar: Indica que la competencia para los asuntos de custodia, cuidado personal y regulación de visitas, tanto los jueces de familia, como los comisarios y defensores, tienen competencia, según el Código General del Proceso y el Código de la Infancia y la Adolescencia, para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de garantías en asuntos donde se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Por lo anteriormente expuesto, como quiera que existen otros medios de defensa ya sean judiciales o administrativos, no corresponde al juez constitucional intervenir en temas propios de competencia de las autoridades de familia. Por lo que habiendo el legislador dispuesto vías especializadas para resolver estos conflictos, no es este mecanismo idóneo para discutir el régimen de visitas de los niños MARIA GABRIELA y JUAN SEBASTIAN CEPEDA HERNANDEZ. ´´(..)

´´Que lo expresado por el accionante en su escrito de tutela, se puede observar que este no ha hecho uso de las herramientas que el que el ordenamiento jurídico, en su especialidad de familia y penal, dispone para los administrados y más aún cuando la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Sin que se pueda afirmar, que hasta ahora estas herramientas han resultado ineficaces para la protección de sus derechos y los de sus hijos, pues no hecho uso de estas, por lo que considera la suscrita que procede la acción incoada por el señor JOAN GABRIEL CEPEDA RODRIGUEZ, sin que igualmente se hubiere acreditado la presunta consumación de un perjuicio irremediable. ´´(…)

CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo de protección especial e inmediata que constituye uno de los derechos políticos más caros a la sociedad desde 1.991 en nuestro país y aparece concebido en el artículo 86 de la norma normarum, como un mecanismo tendiente a lograr que los derechos constitucionales fundamentales de las personas, sean protegidos con eficiencia, cuando quiera que estos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

Respecto de la competencia de la presente acción de tutela debe tenerse en cuenta que este Despacho es competente para conocer de ella, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1.991, Decreto 1382 de 2.000, modificado por el Decreto 1983 de 2017, y demás disposiciones aplicables.

Acción de tutela contra particulares - procedencia excepcional.

Los preceptos disponen que, excepcionalmente, la acción de tutela procede en los casos en los que quien vulnera o amenaza los derechos fundamentales es un particular, siempre que se cumplan unas circunstancias y condiciones específicas. La Corte, en su desarrollo jurisprudencial, ha indicado que las diferencias significativas que existían entre lo público y lo privado han ido disminuyendo, de tal forma que, actualmente, se acepta que la vulneración de derechos fundamentales no solo puede provenir de una autoridad estatal, sino también de los particulares, concretamente cuando (i) éste tenga a su cargo la prestación de un servicio público; (ii) cuando con su actuar afecte gravemente el interés colectivo o; (iii) en casos en los que el accionante se encuentre en situación de subordinación e indefensión con respecto al agresor.

Acción De Tutela Como Mecanismo Transitorio

De acuerdo con este requisito, la acción de tutela solo será procedente cuando (i) no exista en el ordenamiento jurídico un mecanismo judicial, o (ii) existiendo sea ineficaz y/o (iii) inidóneo. En todo caso, (iv) será procedente de manera transitoria cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. Pues bien, en materia laboral el requisito de subsidiariedad adquiere una connotación particular. La Corte ha sostenido que cuando se trate de controversias relativas al derecho al trabajo, la acción de tutela en principio no es el mecanismo adecuado para debatirlas pues en *"el ordenamiento jurídico colombiano prevé para el efecto acciones judiciales específicas cuyo conocimiento ha sido atribuido a la jurisdicción ordinaria laboral y a la de lo contencioso administrativo, según la forma de vinculación de que se trate, y afirmar lo contrario sería desnaturalizar la acción de tutela, concretamente su carácter subsidiario y residual"*

Es de notar que tratándose con de los derechos y deberes de los progenitores frente a sus hijos cuando los padres no conviven, la legislación contempla las acciones administrativas y judiciales para su reglamentación y cumplimiento.

Tratantodese del cumplimiento de la regulación de visitas la Corte Constitucional en la Sentencia T-431/16 dijo:

La Corte a través de su jurisprudencia ha señalado que el respeto a los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, como exigencias generales de procedencia de la acción de tutela, ha sido tradicionalmente una condición necesaria para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de los derechos fundamentales, por vía excepcional. De hecho, de manera reiterada, esta Corporación ha reconocido que la acción de tutela conforme al artículo 86 de la Carta, es un mecanismo de protección de carácter residual y subsidiario, que puede ser utilizado ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, cuando no exista otro medio idóneo y eficaz para la protección de los derechos invocados, o cuando existiendo otros medios de defensa judiciales, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Inmediatez. Ha planteado la Corporación que no obstante la inmediatez que reclama la interposición de la acción de tutela, se ha reconocido que la aplicación de este presupuesto no es absoluta debido a la existencia de situaciones de excepción como las que se presentan cuando "[…] se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación es continua y actual".

Subsidiariedad. Los artículos 86 de la Constitución Política y 6º del Decreto 2591 de 1991 establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Corporación, puede ser utilizada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado; (ii) que aun existiendo otros mecanismos judiciales, estos no resulten eficaces o idóneos para la protección del derecho, o (iii) que siendo estos medios de defensa judicial un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede establecerse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena e inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada caso.

En asuntos de custodia o cuidados personales y reglamentación de visitas, tanto los jueces de familia como los defensores y comisarios de familia tienen competencia para conocer del proceso judicial o del trámite administrativo, según sea el caso, y evaluar la adopción de medidas de protección o de restablecimiento de derechos en eventos en los que se ven comprometidos los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. En todo caso, compete al juez de familia en única instancia, la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el defensor de familia o el comisario de familia, en cumplimiento de la Ley 1098 de 2016.

Teniendo en cuenta los medios de defensa reseñados, judiciales y administrativos, en principio, el juez constitucional no tendría competencia para intervenir en temas propios de las autoridades de familia. Por esta razón, no sería la acción de tutela el mecanismo idóneo para discutir la reglamentación de visitas o solicitar su

cumplimiento cuando ha sido decretada por un juez de familia, un defensor o un comisario de familia, a no ser que se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Aclarando que no se trata de cuestionar la medida judicial sino de procurar su ejecución, la Sala precisa que el mecanismo idóneo para perseguir el cumplimiento del régimen de visitas fijado por el Juez Primero de Familia de Cúcuta es el proceso ejecutivo, el cual puede adelantarse ante el mismo juez para ser tramitado dentro del mismo expediente del proceso verbal en los términos del artículo 306 del Código General del Proceso.)

CASO CONCRETO

En el caso que nos ocupa, el accionante Joan Gabriel Cepeda Rodríguez solicita que a través de la acción constitucional se dé cumplimiento del acta de conciliación en la cual se estipula el régimen de visitas de sus menores hijos María Gabriela Cepeda Hernández, y Juan Sebastián Cepeda Hernández, cuya custodia se encuentra en cabeza de la accionada Lady Carolina Hernández Pérez.

Conforme al marco jurídico citado uno de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, es la ausencia de otros medios de defensa judicial para la protección de los derechos fundamentales cuya lesión se alega, o que existiendo éstos, sea evidente el perjuicio irremediable para el accionante, si la acción de tutela se presenta de manera transitoria.

De la respuesta arrimada por la accionante y la certificación médica que adjunta, en la cual se acredita el estado de salud de la menor María Gabriela Cepeda, a quien se le diagnosticó influenza h1n1, lo cual, además de la emergencia sanitaria decretada por el gobierno nacional mediante decreto 457 del 22 de marzo de 2020, ha impedido que el régimen de visitas se lleve a cabo conforme a lo establecido en el acta de conciliación.

Ahora, tratándose de lo referente a la regulación y cumplimiento del régimen de visitas, las diferencias que surjan al respecto deben ser resueltas a través del ejercicio de los mecanismos administrativos ante las Comisarias de Familia o las acciones judiciales.

Resulta relevante precisar que si bien es cierto actualmente los términos judiciales se encuentran suspendidos, es ***competencia de las Comisrias de Familia*** *velar por el restablecimiento de derechos de los menores, como lo establece el artículo 7° del Decreto 4840 de 2007 "El Comisario de Familia se encargará de prevenir, garantizar, restablecer y reparar los derechos de los niños, niñas, adolescentes y demás miembros de la familia, en las circunstancias de maltrato infantil, amenaza o vulneración de derechos suscitadas en el contexto de la violencia intrafamiliar. Para ello aplicará las medidas de protección contenidas en la Ley 575 del 2000 que modificó la Ley 294 de 1996, las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la Ley 1098 de 2006 y,* ***como consecuencia de ellas, promoverá las conciliaciones a que haya lugar en relación con la custodia y cuidado personal, la cuota de alimentos y la reglamentación de visitas"***

Por tanto el accionante cuenta con un mecanismo legal para el restablecimiento del régimen de visitas de sus hijo menores, como quiera que ***mediante decreto 593 del 24 de abril de 2020, se dispuso en su artículo 3 numeral 31 el funcionamiento de las comisarías de familia de cada una de***

las localidades de la ciudad de Bogotá durante la emergencia sanitaria (covid 19).

En consecuencia al existir un mecanismo legal, cuya idoneidad no se encuentra desvirtuada y al no encontrarse acreditado la existencia de un perjuicio irremediable, en virtud del principio de subsidiariedad que rige la tutela, se negara el amparo solicitado.

DECISÓN:

Por lo expuesto, el Juzgado Cincuenta y Tres Civil Municipal de Bogotá D.C., Administrando Justicia en Nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

Primero: Negar por improcedente la acción de tutela elevada por la señora Joan Gabriel Cepeda Rodríguez, por lo anotado en la parte motiva de este proveído.

Segundo: Notificar la presente decisión a las partes involucradas por el medio más expedito.

Tercero: Remitir este fallo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado

Notifíquese y Cúmplase,

Nancy Ramírez González
Juez