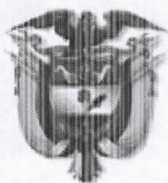


REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,
SALA DE FAMILIA
LA SECRETARIA DE LA SALA FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

AVISA

Que mediante fallo calendado el 07 de NOVIEMBRE de 2018, en Sala presidida por el H. Magistrado Doctor JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ, dentro de la acción de tutela radicada con el N° 11001-22-10-000-2018-00615-00 formulada por MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA en contra del JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ D.C., dispuso:

Bogotá, D. C, siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Proceso	Acción de tutela
Accionante	Miguel Angel Afanador Ulloa
Accionado	Juzgado Treinta de Familia de Bogotá, D. C.
Radicado	11001221000020180061500
Discutido y aprobado	Sesión de Sala del 7/11/2018 según acta No. 135
Decisión	Declara improcedente

Magistrado Ponente: **JOSÉ ANTONIO CRUZ SUÁREZ**

Se decide la acción de tutela instaurada por el señor **MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA**, en contra del **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**

I. ANTECEDENTES:

1. Pretende el accionante se amparen los derechos fundamentales al debido proceso, a la presunción de inocencia, a la dignidad humana, a la intimidad personal y familiar, *"a ser padre y a amar y ser amado por mi hija IRENE"* que considera vulnerados por la autoridad accionada.

2. Los hechos en que el accionante sustenta la solicitud de amparo, en síntesis, se contraen a que:

2.1 El 8 de septiembre de 2014 su ex esposa, señora **LUDIVIA CAÑÓN CENDALES**, lo denunció penalmente por los delitos de abuso y acceso

sexual presuntamente cometidos contra su menor hija común, momento desde el cual *"De inmediato le comuniqué a la fiscal que asumió el caso, mi preocupación por la situación de mi hija que me fue arrebatada y quedaba a merced de su progenitora y su familia materna inculcándole el odio hacia mí"*. El caso en la actualidad fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito, que citó a audiencia de acusación para el 19 de noviembre de 2018 a las 11:30 a.m.

2.2 Con ocasión a esos presuntos hechos la Comisaría de Familia de la Casa de Justicia de Floridablanca (Santander) *"sin escucharme"*, solicitó colaboración y apoyo a la Policía Metropolitana de Bucaramanga para que *"[el padre] no se acerque a la menor en su lugar de residencia o donde ella se encuentre"*, y al colegio San Pedro Claver de Bucaramanga donde estudiaba la menor para que *"...no se acerque a su hija mientras ella se encuentre en las instalaciones del plantel educativo ni tampoco la retire del mismo..."*; de igual forma el Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento del ICBF en Bucaramanga adelantó proceso administrativo de restablecimiento de derechos a favor de la menor, en el que *"después de escucharme pero sin considerar mi versión de los hechos"*, decretó como *"medida de protección la restricción de visitas o acercamientos a mi hija hasta tanto no se resuelva mi situación jurídica por la autoridad judicial competente y/o se emita un concepto favorable del equipo psicosocial del CAIVAS que, dependiendo del desarrollo del proceso terapéutico, garantice un adecuado ejercicio del rol paterno"*.

2.3 En el Centro Zonal Mártires del ICBF cursó un segundo restablecimiento de derechos a favor de la menor que le fue remitido desde el Centro Zonal Kennedy, último que declaró la pérdida de competencia, al igual que lo hizo el **JUZGADO TERCERO DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, porque *"el caso debía someterse a reparto"*. Las diligencias finalmente correspondieron al **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, que profirió sentencia el 30 de septiembre de 2016, en la que resolvió *"SUSPENDER provisionalmente las visitas del señor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA a la menor IRENE AFANADOR CAÑON y todo contacto, hasta tanto se tome una decisión por parte de la Fiscalía General de la Nación o un Juez penal de conocimiento, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años"*.

2.4 Instauró sin éxito dos acciones de tutela, una el 1º de junio de 2015 en contra del ICBF, y la otra el 3 de noviembre de 2016 en contra del fallo emitido por el **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.** *"por errores de la juez en la apreciación y valoración de la prueba y en defensa de los derechos fundamentales de mi hija"*.

"Han transcurrido cuatro años desde la formulación de la denuncia penal... sin que se haya dado inicio a la etapa de juzgamiento ni, mucho menos, se haya proferido una sentencia definitiva. Cuatro años durante los cuales la fiscalía no ha probado su hipótesis -acceso sexual con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo- y la defensa no ha tenido la oportunidad de controvertirla, contradecirla y/o

confrontarla ni la oportunidad de presentar y probar su propia hipótesis alterna -el relato de la niña sobre los episodios de abuso sexual es producto de la manipulación mental por parte de su progenitora con el propósito de arrebatarse la hija a su esposo y despojarlo de los bienes sociales-. Cuatro años sin que, en un delito de tanto impacto social por la conmoción que causó, se haya realizado el juicio dentro de los términos establecidos por la Ley 906 de 2004, son tiempo suficiente para asegurar que se traspasaron los límites del plazo razonable para ser juzgado".

2.6 Mientras sigue vigente la medida provisional decretada por el **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.** "que me prohíbe cualquier acercamiento o contacto con mi hija 'hasta que el juez penal de conocimiento decida' dando por cierto, con base en omitir la apreciación y valoración del material probatorio que allego a esta tutela, que el abuso si (sic) ocurrió".

2.7 "El daño psicológico causado a la niña por el abuso sexual no es más que una suposición basada en otras suposiciones", las "recomendaciones de algunos psicólogos de que la niña no debe tener contacto con su padre, además de estar basadas en las suposiciones anteriores, son opiniones aisladas que carecen de la rigurosidad científica de un peritaje pues no hay marco teórico ni explicación científica que integre la totalidad de la información recabada...", aunado a que "no hay ninguna certeza de que la medida provisional que me impide ver a mi hija esté redundando en beneficio del restablecimiento de sus derechos, de su integridad psicológica y su desarrollo armónico e integral y, al contrario, más bien podría estar propiciando una situación de vulneración sistemática de sus derechos fundamentales y su interés superior".

2.8 En el proceso de restablecimiento de derechos hay "...abundante material de prueba, ignorado por la juez 30 de familia sobre dos circunstancias relevantes que generan una duda razonable de que el abuso sexual haya ocurrido...", primero, el vínculo afectivo de la niña con su padre, y segundo el profundo duelo que sufrió la menor al ser abrupta e injustamente separada de su padre.

2.9 Antes de la denuncia existía un amoroso vínculo afectivo entre padre e hija, el cual fue reconocido por la progenitora en el proceso de cesación de efectos civiles promovido por ella, por eso al año siguiente de la separación "la niña sufrió un duelo profundo, una intensa afectación emocional, por la pérdida de su papá...".

2.10 "El fuerte vínculo afectivo, el duelo por la separación y sus sentimientos positivos hacia su padre, incoherentes con los sentimientos de una niña sexualmente abusada, sugieren razonablemente que los episodios de abuso sexual narrados por la niña son falsos recuerdos implantados en su memoria y no una experiencia vivida por ella".

2.11 "No obstante, un año y medio después, en una entrevista con un psicólogo de la IPS CORVESALUD, la niña manifestó refiriéndose a su padre: "...que NO

desea volver a ver jamás a su padre, señor MIGUEL ÁNGEL...", sentimientos "de temor y de rechazo que tienen que ver con manipulación mental...", aunado a que la niña refiere que su papá nunca la llama, ni le manda regalos, y que "...su bienestar depende exclusivamente de su mamá que sale todos los días a trabajar", pero la niña "...no sabe que su papá le envía \$1.100.000,00 pesos mensuales para sus necesidades y que ni no la visita ni la llama es porque hay una orden judicial que se lo prohíbe. Desde hace cuatro años la niña no tiene ningún tipo de contacto con su papá ni con su familia paterna y está sometida exclusivamente a la influencia de su mamá y su familia materna que le inculcan el odio por el padre", todo lo cual considera, constituye un maltrato infantil emocional cuyos efectos serán "devastadores" a largo plazo.

2.12 *"El riesgo de que este maltrato infantil emocional se haya intensificado es inminente [,] pues el 9 de diciembre de 2017, al radicar el escrito de acusación, la fiscalía 229 anunció que llevará la niña a juicio para que, tratando de subsanar las deficiencias de su investigación y desafiando los mandatos de la Ley 1652/13 y la sentencia C 177-14, rinda testimonio..."*

2.13 *Además "¿el proceso de restablecimiento de derechos hay abundante evidencia de las maniobras de la progenitora, ignoradas por la juez 30 de familia de Bogotá, para entorpecer y entorpecer la práctica de las pruebas psicoterapias y valoraciones de psicología y/o psiquiatría forense".*

2.14 *Las entrevistas y valoraciones realizadas a la progenitora por las psicólogas de los Centros Zonales Mártires y Kennedy los días 22 de diciembre de 2014, 22 de enero de 2015, así como por las psicólogas de la Asociación Creemos en Ti, de la fundación HOMI y por la médica forense del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses evidencian un "POSIBLE ESTADO DE PERTURBACIÓN PSÍQUICA" en ella.*

En concreto pretende que "...se revoque la medida provisional decretada en el punto quinto de la parte resolutive de la sentencia del 30 de septiembre de 2016 de la juez 30 de familia de Bogotá", y en su lugar (i) "se le ordene al Centro Zonal Mártires del ICBF en Bogotá que, mientras se surte el trámite del proceso penal y se profiere una sentencia definitiva sobre el supuesto abuso sexual, establezca un régimen de visitas que, sin interferencia de la madre ni de la familia materna, me permita ver a mi hija y tener contacto y comunicación con ella cada vez que quiera o que la necesite y que se reconozca y garantice el derecho a que la niña pueda pernoctar en mi vivienda -que era su propia vivienda y en la que aún permanecen algunos de sus objetos personales más preciados...", (ii) "haya un acompañamiento e intervención profesional psicosocial y coordinada por las regionales Bogotá y Santander del ICBF - psicología, trabajo social, orientación familiar, nutrición, etc.", para mitigar los efectos de la separación y restablecer la relación paterno filial, (iii) que a través del Centro Zonal Mártires "se mantenga estricta vigilancia sobre el entorno social y familiar de IRENE para mitigar el riesgo de la manipulación mental a la que está sometida por su progenitora y su familia materna y, a la vez, se fomenten factores protectores que fortalezcan la dinámica familiar con su padre y su

familia paterna", y (iv) que "se rechace y censure cualquier tipo de lenguaje ofensivo e irrespetuoso que, al responder esta acción de tutela, llegue a usar en contra de mi integridad moral y mi dignidad humana la progenitora y/o su familia".

3. La demanda se admitió por auto del 25 de octubre de 2018 (fl. 24 y 25 Vto.) en el que se ordenó: (i) vincular al **CENTRO ZONAL MÁRTIRES del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** y al **JUZGADO TERCERO DE FAMILIA**, ambas autoridades de Bogotá, D. C., (ii) solicitar en préstamo las acciones de tutela Nos. 11001333704020150013500 y 11001221000020160069100, y el proceso administrativo de restablecimiento de derechos mencionados en el libelo, y (iii) vincular a todos los intervinientes en este último asunto, así como a los señores defensores de familia y agentes del Ministerio Público adscritos al Juzgado accionado y a esta Corporación.

4. Las autoridades involucradas dieron respuesta a la acción de tutela con los escritos obrantes a folios 196 a 198, 201 a 205, 209, 214 a 224, y 272 a 275 Vto.; de igual manera la señora **LUDIVIA CAÑÓN CENDALES** y los señores **JOSÉ BAUTISTA CAÑÓN, BLANCA ELVIRA CENDALES DE CAÑÓN, MARLÉN CAÑÓN CENDALES, ANDRÉS CAÑÓN CENDALES** y **LEIDY JOHANA CAÑÓN CENDALES**, quienes manifestaron ser familiares maternos de la menor **IRENE AFANADOR CAÑÓN**, se pronunciaron frente a la acción constitucional con los escritos obrantes a folios 226 a 266, 277 a 291, y 293 a 361.

5. Por auto del 6 de los cursantes se ordenó escindir el escrito tutelar y remitir copia a la Secretaría de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander).

6. Procede el despacho a resolver la acción de tutela previas las siguientes,

II CONSIDERACIONES

1. La acción de tutela está consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 como un mecanismo para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular en los casos establecidos en la ley.

Acción cuya procedencia es excepcional cuando se dirige contra providencias judiciales, en la medida que se acredite que el juzgador accionado adoptó una determinación o adelantó un trámite alejado de lo razonable, fruto del antojo, capricho, desconociendo el ordenamiento jurídico, evento en el cual le es válido al juez constitucional ingresar a la esfera del juez de la naturaleza con el

propósito de evitar la conjuración o prevenir el agravio que con su actuar el funcionario judicial pueda causar a las partes o intervinientes del proceso¹.

2. En el caso bajo estudio la queja constitucional se enfila, puntualmente, en contra de la medida provisional adoptada por el **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.** en el ordinal quinto del resolutivo de la providencia emitida el 30 de septiembre de 2016 dentro del proceso de restablecimiento de derechos ya mencionado en los antecedentes, mediante el cual resolvió *"SUSPENDER provisionalmente las visitas del señor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA a la menor IRENE AFANADOR CAÑON y todo contacto, hasta tanto, se tome una decisión por parte de la Fiscalía General de la Nación o un Juez Penal de Conocimiento, por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años"*, pues tal restricción, en su sentir, vulnera los derechos fundamentales cuya protección reclama en la medida que se ha mantenido en el tiempo debido a que la investigación penal que también se adelanta en su contra y a cuyas resultas quedó subjudice, no ha dado inicio a la etapa de juzgamiento, ni se ha proferido sentencia definitiva, pese a que han transcurrido cuatro años desde que se instauró la denuncia penal, lo cual ha ocasionado el resquebrajamiento de la relación paterno - filial.

Ab initio es preciso acotar que con antelación a la presente acción de tutela el señor **MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA** promovió otra agenciando los derechos fundamentales de su menor hija **IRENE AFANADOR CAÑON**, que fue radicada bajo el número 11001221000020160069100, y en la que al igual que aquí, cuestionó la valoración probatoria allí realizada por la autoridad judicial hoy accionada y puso de presente aspectos tales como el profundo duelo que, asegura, le ocasionó a la niña la pérdida de su padre, la presunta manipulación ejercida por la progenitora sobre la menor, el posible estado de perturbación psíquica de su ex esposa, y la existencia de conductas por parte de la señora **LUDIVIA CAÑON CENDALES** orientadas a obstruir la práctica de pruebas; resguardo cuya ponencia correspondió al doctor **JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ**, Sala de decisión que, luego de compendiar la situación fáctica *in extenso* expuesta por el quejoso, de trasuntar apartes de las sentencias T -012 de 2012, C - 1064 de 2000, C - 7624 del 17 de noviembre de 1999, T - 094 del 27 de febrero de 1997 y T - 408 de 1995, de relevar en la importancia del principio del interés superior del menor, y de resumir las actuaciones adelantadas al interior de la actuación administrativa que hoy también es objeto de la queja constitucional, desestimó el amparo constitucional con fundamento en que:

*"Analizadas las pruebas allegadas a la presente tutela, los argumentos esgrimidos por el accionante, quien aduce agenciar los derechos fundamentales de su menor hija **IRENE**, y el fallo proferido por la Juez demandada concluye la Sala, respecto de la situación planteada, que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales de la niña, invocados por su progenitor, pues el trámite del proceso de restablecimiento de derechos de **IRENE** y la decisión adoptada dentro del mismo, lejos de desconocer los derechos fundamentales de la niña, buscó sí la tutela de los mismos, pues tanto en la actuación administrativa adelantada por el ICBF, Mártires,*

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de tutela del 1 de septiembre de 2016, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo STC 12195-2016.

como en la desplegada por la Juez 30 de Familia en Oralidad de la ciudad, se buscó hasta el cansancio garantizar la protección de tales derechos, para lo cual se puso en marcha todo el equipo interdisciplinario del ICBF, con apoyo de otras entidades del Estado, todo con el fin único que es garantizar el Interés superior de la menor involucrada, lo que se cumplió a cabalidad, dando como resultado la sentencia del 30 de septiembre de 2016; decisión ésta (sic) que se advierte, no fue caprichosa sino fundamentada en el análisis juicioso de todo el material probatorio que consta en el trámite adelantado en el ICBF y en el mismo Juzgado, y del cual concluyó, que lo más beneficioso para los intereses de **IRENE AFANADOR CAÑÓN**, de siete años de edad, es que la niña continúe el proceso de restablecimiento de derechos hasta tanto se defina la investigación penal iniciada con ocasión de la denuncia presentada por la madre de la menor, por el presunto abuso sexual de que fue víctima [por] parte de su progenitor, decisión que siendo tomada por el Juez natural del asunto no puede ser discutida por el Juez de tutela por este mecanismo preferente y sumario, máxime cuando se advierte que la decisión no obedeció al solo capricho de la Defensora de Familia o de la Juez, sino con la determinación de proteger a la menor de que se sigan vulnerando sus derechos o prevenir una posible vulneración, hasta tanto se esclarezca definitivamente si existen riesgos prohibidos a los que no debe ser expuesta la niña, asunto que solamente podrá quedar dilucidado cuando se obtenga la decisión final por parte de la justicia penal.

Al respecto precisa esta Corporación, que si bien como lo aduce el accionante, pueden presentarse eventualmente algunas inconsistencias entre lo manifestado por la niña en la primera entrevista rendida con ocasión de la apertura de la investigación, con las demás realizadas en el curso de la actuación y frente a las versiones de su progenitora, y el mismo comportamiento asumido por esta última en el proceso administrativo, lo cierto es que existe una denuncia penal por la presunta comisión de actos sexuales con una menor de edad, hija del denunciado, sujeto de especial protección, cuya investigación se encuentra en curso, y frente a lo cual la Juez de Familia, como autoridad que tiene como obligación a su cargo la salvaguarda de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, no puede desconocer y dejar a un lado, sino por el contrario, es su deber adoptar todas las medidas que estén a su alcance para proteger a la menor entre tanto se dilucidan los hechos denunciados, que es lo que se refleja en la decisión adoptada por la Juez demandada, cuando luego de hacer un análisis juicioso del material probatorio concluyó como más beneficioso para el interés superior de **IRENE**, declararla en estado de vulneración y ordenar el restablecimiento de sus derechos, otorgando la custodia exclusiva a la progenitora entre tanto se decide el asunto penal, dado que la señora **ILUDIVIA** ha sido la persona que siempre ha estado al lado de su hija y en la actualidad es quien brinda todas las condiciones para el desarrollo armónico y sano de su hija, y con quien la menor tiene una relación amorosa y feliz, pese a la afectación que le ocasionó [la] separación de su progenitor, asunto que si bien es cierto y normal, como se puede esperar de una menor de apenas escasos siete años que no alcanza a percibir la complejidad de la situación que atraviesa, no la ha afectado al punto de poner en riesgo su salud mental o física, pues como dan cuenta las valoraciones psicológicas practicadas en la actuación administrativa, la niña pese todo esto, sigue siendo feliz, es una niña sociable, inteligente, su rendimiento académico no se ha visto afectado, pues si bien en un reporte de notas dos materias -lectoescritura y matemáticas- aparecen con calificación bajas, también lo es que las demás son de un alto promedio; además que físicamente la niña se encuentra bien, como lo demuestra(n) las valoraciones por nutrición a que fue sometida en el trámite del proceso administrativo.

Así las cosas considera esta Corporación, que no existe en la actuación adelantada por la entidad demandada vía de hecho que vulnere los derechos fundamentales de la niña, y que por el contrario, de las mismas se desprende que lo que se está buscando es la protección de la misma frente a una presunta o posible vulneración de sus derechos, lo que evidencia que contrario a lo sostenido por el interesado, no se

está causando un perjuicio a la niña sino que por el contrario se les está beneficiando con la determinación adoptada.

Aunado a lo anterior, y en relación con la nueva valoración de las pruebas aportadas al trámite administrativo que solicita el actor en su escrito de tutela considera la Sala necesario recalcar, que como se ha expuesto por esta Corporación en ocasiones anteriores, es improcedente la tutela contra Interpretaciones judiciales, no sin antes puntualizar que como lo anotó la Juez 30 de Familia en Oralidad de la ciudad, en el aparte final de las consideraciones del fallo, con la decisión adoptada no se están dando por ciertos los hechos denunciados en contra del demandado por el presunto abuso sexual en la persona de su menor hija..."

Esta decisión fue confirmada por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia STC1028 del 2 de febrero de 2017, M.P. doctor **AROLD WILSON QUIROZ MONSALVE** (fls. 41 a 46 del cuaderno de la Corte), con estribo en que:

2. *Puestas así las cosas, evidenciándose que la queja del promotor de la salvaguarda radica en el proveído de 30 de septiembre de 2016, mediante el cual se definió el proceso de restablecimiento de derechos que se adelantó en protección de la menor XX, de entrada, advierte la Corte que el amparo deprecado está llamado al fracaso, toda vez que allí el Despacho acusado, tras hacer un recuento de las normas que regulan este trámite especial y de las pruebas recolectadas, consideró que:*

... del análisis de las probanzas recaudadas tanto en el trámite administrativo surtido ante el I.C.B.F. como (...) en este despacho, se concluye que [XX] es hija de los señores LUDIVIA CAÑON CENDALES y MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA, siempre ha estado bajo el cuidado de su progenitora y los cinco primeros años de vida en compañía también de su padre, hasta el mes de septiembre de 2014 que ocurrió la separación.

El motivo de la separación lo constituye la denuncia presentada por la señora LUDIVIA CAÑON CENDALES ante la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, donde puso en conocimiento lo manifestado por la menor [XX] quien le informó que su progenitor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR CAÑÓN en las noches cuando la acompañaba a dormir realizaba tocamientos en sus genitales (vagina y cola), circunstancia por la cual el día 16 de septiembre de 2014 fue decretada por parte de la Defensora de Familia del Centro Zonal Luis Carlos Galán Sarmiento (CAIVAS) como medida de protección y restablecimiento de derechos a favor de la niña la restricción de visitas o acercamiento del progenitor hasta tanto no quede debidamente resuelta la situación jurídica del señor AFANADOR ULLOA por parte de la autoridad penal competente.

(...)

Se demostró además que actualmente la menor [XX], se encuentra en un ambiente óptimo para su desarrollo, se denota esmero y cariño en el trato que recibe por parte de su progenitora LUDIVIA CAÑON CENDALES y de la familia materna, se estableció que se están garantizando sus derechos; en cuanto a salud se encuentra afiliada a la EPS CAFESALUD y está en controles constantes de ortopedia, medicina general y odontología, respecto a la educación está cursando segundo grado en el Colegio Jesuíta Santa Luisa donde sobresale por su excelente desempeño académico, contando con ruta para su traslado, además se encuentra inscrita en curso de inglés y pintura, de su derecho a la recreación los fines de semana en compañía de su mamá y su familia comparte en parques, centros comerciales realizando diferentes actividades de esparcimiento, referente a los alimentos estos son suministrados por la progenitora quien cuenta con el apoyo económico del señor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA quien consigna mensualmente la suma de \$1.000.000. oo por concepto de cuota alimentaria fijada por el ICBF CZ Bucaramanga.

Se demostró además que quien se encarga del cuidado de la menor [XX] es la señora LUDIVIA CAÑÓN CENDALES quien cuenta con el apoyo de su familia materna (padres y hermanos) quienes le proveen cariño, afecto y atención.

(...)

Ahora, respecto a la relación entre el señor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA y la menor [XX] se extrae que desde el mes de septiembre de 2014 no tienen contacto alguno como consecuencia de la medida de protección y restablecimiento impuesta por la Defensora de Familia atendiendo a la denuncia presentada por la progenitora LUDIVIA CAÑÓN CENDALES por los presuntos actos sexuales abusivos de que fue víctima la niña por parte del padre.

En este punto, es de especial importancia lo manifestado por la menor [XX] en las valoraciones efectuadas ante el Instituto Nacional de Medicina Legal de Bucaramanga, ante la especialista del ICBF - Regional Santander, ante los funcionarios de la Asociación Creemos En Ti y de la Fundación HOMI - Hospital de la Misericordia, donde relata que: "mi papá me metía los dedos en la colita en la cuquita, por debajo de la ropa", "mi papá me hace eso todas las noches cuando él me acompaña a dormirme", hechos que actualmente son objeto de investigación por la justicia penal.

Razones por las cuales resulta procedente confirmar las medidas de protección adoptadas por la Defensora de Familia en auto de fecha 16 de septiembre de 2014 y además otorgar la custodia de la menor [XX] a su progenitora, continuará vigente la cuota alimentaria fijada provisionalmente a cargo del señor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA y se suspenderán las visitas a la niña (...) y a cargo del progenitor hasta tanto se tome una decisión por parte de la Fiscalía General de la Nación o un Juez Penal de Conocimiento dentro de la investigación penal que cursa por el presunto delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

Como sustento de esta conclusión, indicó el estrado enjuiciado que:

Decisión que a todas luces garantiza y protege los derechos que le asisten a la menor [XX] ante la duda de la ocurrencia de los hechos objeto de investigación, medida con la cual se pretende la protección de la citada niña, frente a los hechos presuntamente cometidos por el padre de la menor, los cuales fueron puestos en conocimiento por la progenitora LUDIVIA CAÑÓN CENDALES ante la justicia penal, encontrándose por tanto justificada la medida, siendo oportuno citar un extracto jurisprudencial de la sentencia T-012 de 2012, que sobre el particular indicó:

"5.6. Dentro de las situaciones identificadas por la jurisprudencia constitucional que ameritan la separación de los niños y niñas de su entorno familiar, al no cumplirse las exigencias básicas para asegurar el Interés superior de la niñez, se encuentran las siguientes: (i) la existencia de claros riesgos para la vida, la integridad o la salud de los niños y niñas; (II) los antecedentes de abuso físico, sexual o psicológico en la familia; (iii) en general todas las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 de la Constitución impone la protección de la niñez, referido a "toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos" y, (iv) cuando los padres viven separados y debe adoptarse una decisión sobre el lugar de residencia.

(...)

Por lo anterior, se hace necesario suspender provisionalmente las visitas del señor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA a la niña [XX], hasta tanto, se tome una decisión por parte de la Fiscalía General de la Nación o un Juez Penal de Conocimiento, siendo necesario brindarle protección y estabilidad emocional.

No con ello se dan por ciertos los hechos endilgados al señor MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA, tan sólo se protegen los derechos de la menor hasta tanto se esclarezca y se resuelva la investigación en su contra, los cuales prevalecen sobre todos los demás (art. 44 Constitución Nacional y arte. 8o y 9o Ley 1098 de 2006).

Así las cosas, se concluye que la decisión controvertida no luce antojadiza, caprichosa o subjetiva, con independencia de que se comparta, descartándose la presencia de una vía de hecho, de manera que la queja del peticionario no halla recibo en esta sede excepcional.

Y es que, en rigor, lo que se plantea es una diferencia de criterio acerca de la manera como el juez natural analizó el acervo probatorio recaudado en el trámite cuestionado y concluyó que para salvaguardar los derechos de la menor de edad XX, era conveniente restringir las visitas del padre de la niña, hasta que se esclarecieran los abusos a él enrostrados, en cuyo caso tal interpretación no puede ser desaprobada de plano o calificada de absurda o arbitraria, «máxime si la que ha hecho no resulta contraria a la razón, es decir si no está demostrado el defecto apuntado en la demanda, ya que con ello desconocerían normas de orden público (...) y entraría a la relación procesal a usurpar las funciones asignadas válidamente al último para definir el conflicto de intereses» (CSJ STC, 11 ene 2005, rad. 1451).

Con otras palabras, para fundamentar un ataque en sede constitucional, endilgándole al funcionario de conocimiento la incursión en vía de hecho al valorar los medios de convicción recaudados, no basta hacer una nueva evaluación de tal acoplo suasorio, ya que no pueden equipararse las facultades del juez de tutela con las diversas opiniones que los Involucrados tengan sobre la forma en que debió ser definido el asunto.

Lo anterior debido a que la función jurisdiccional dota al juez de autonomía plena, de manera que sólo el yerro ostensible, innegable y trascendente, sirve de apoyo por vía de tutela para dar al traste con el pronunciamiento del juzgador natural.

3. Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir que si el accionante no está conforme con la forma en la cual se definió el trámite administrativo de restablecimiento de derechos, bien puede acudir a las vías judiciales pertinentes, con miras a debatir aspectos tales como la custodia y la regulación de visitas de la niña XX, escenario en el cual podrá plantear las circunstancias que aquí adujo.

Esto deja ver que el gestor tiene a su alcance un medio judicial idóneo de defensa para obtener lo que reclama, lo que torna improcedente el amparo. Memórese que «...la tutela no puede considerarse por el presunto afectado como un mecanismo alternativo o adicional, y su finalidad no consiste en reemplazar los trámites establecidos por el legislador para la protección de los ciudadanos» (CSJ STC, 7 jul. 2016, rad. 2016-00018-01).

En torno a esa acción de tutela, es importante recabar que la misma fue excluida de revisión por la H. Corte Constitucional mediante auto del 14 de junio de 2017 (fl. 3 del cuaderno de selección de tutelas), y archivada por proveído del 10 de agosto de 2017 (fl. 496 del c del Tribunal).

3.1 La anterior recensión, en principio, barruntaría una posible temeridad en el actuar del accionante a voces de lo preceptuado en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 conforme al cual, se incurre en aquella (temeridad) "Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales", si en cuenta se tiene que varios de los fustigamientos expuestos a través del presente resguardo enunciados en el numeral 3, fueron blandidos por él, también, en la

que otrora impetró; empero la Sala no apreciará su proceder de ese modo, pues lo cierto es que al interponer la presente acción constitucional el señor **MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA** no ocultó que promovió otra y antes, en el hecho 10º del libelo así lo manifestó (fl. 9 Vto.), lo cual descarta la existencia de una intención temeraria por parte del accionante o contraria a los postulados de la buena fe, o que esté permeada del ánimo de engañar a la administración de justicia que es, en sí, lo que sería objeto de reproche y de sanción.

Sobre la temática la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STP1268 del 2 de febrero de 2017, M.P. doctor **LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA**, sostuvo lo siguiente:

"La jurisprudencia constitucional, ha establecido que la actuación temeraria constituye una afrenta a la moralización del proceso, porque atenta contra la economía procesal y los principios de eficiencia y eficacia de la Administración de Justicia. Por ende, la utilización impropia de la acción de tutela amerita como consecuencia el rechazo o la negación del amparo solicitado y, eventualmente, la imposición de determinadas sanciones (Cf. Sentencia C - 054 de 1993).

"Así las cosas, el inciso 2º del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 establece que la persona que interponga la acción de tutela deberá manifestar, bajo la gravedad del juramento, que no ha presentado otra respecto de los mismos hechos y derechos.

"Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado que cuando con ocasión de tal obligación el demandante no oculta la presentación de otra acción, sino que advierte a la judicatura tal circunstancia, es posible deducir que su actuación no fue temeraria, pues ello evidencia que la duplicidad de acciones no obedece a la mala fe que constituye la pretensión de engañar a la Administración de Justicia. (Sentencia T - 568 de 2006)".

De ahí que a juicio de este Tribunal no se configure un actuar temerario de parte del señor **MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA**, situación que, en todo caso, de ningún modo habilita a la Sala a incursionar de nuevo en el mérito de la decisión adoptada por la autoridad judicial accionada el 30 de septiembre de 2016, pues ha quedado establecido que la legalidad de tales determinaciones fue examinada de manera amplia por vía constitucional con ocasión a la acción de tutela que otrora instauró el aquí accionante en representación de su menor hija, en cuya sentencia se descartó la vulneración de los derechos fundamentales invocados en esa ocasión por las razones vistas, la cual hizo tránsito a cosa juzgada constitucional en la medida que fue excluida de revisión el 14 de junio de 2017 y archivada el 10 de agosto de esa misma anualidad; de manera que la Sala no puede entrar a hacer disquisiciones diversas frente al punto. Al respecto, es oportuno traer a colación la sentencia T - 001 de 2016, M.P. doctor **JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB**, donde al abordar el tema de la cosa juzgada en materia de tutela, dijo:

Ahora bien, esta Corte mediante Sentencia T-661 de 2013, resaltó que en los eventos en los que una misma persona instaura tutelas de manera sucesiva en las que converge identidad de partes, hechos y pretensiones, esta Corporación ha precisado que más allá de la declaratoria de temeridad, es preciso estudiar si ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional sobre la primera de las acciones promovidas, pues cuando ello ocurre, las tutelas subsiguientes son improcedentes. Al respecto indicó:

"Como regla general, cuando el juez constitucional resuelve un asunto en concreto y posteriormente la Corte decide sobre su selección, la decisión judicial sobre el caso se torna definitiva, inmutable y vinculante. Si la Corte en ejercicio de la facultad discrecional de revisión, decide seleccionar el caso para su estudio, la cosa juzgada constitucional se produce con la ejecutoria del fallo de la propia Corte, y cuando no lo selecciona, la misma opera a partir de la ejecutoria del auto en que se decide la no selección. Luego de ello, la decisión queda ejecutoriada desde el punto de vista formal y material. Por tanto, no es posible que se profiera un nuevo pronunciamiento sobre el mismo asunto, pues ello desconocería la seguridad jurídica que brinda este principio de cierre del sistema jurídico.

2.4 En este sentido, la Corte ha precisado que, en principio, no le es dado a la jurisdicción constitucional estudiar varias acciones de tutela cuando ellas han sido puestas con el objeto de defraudar al Estado, pero tampoco está autorizada para estudiar tutelas relativas a asuntos sobre los cuales pesa ya la cosa juzgada constitucional. En ambos eventos la tutela debe ser declarada temeraria y/o improcedente, pues en ellos la acción pierde su carácter de instrumento preferente y sumario de defensa de derechos fundamentales para convertirse, en una vía de actuación deshonesto frente al Estado, o bien en una acción que socava los mínimos de seguridad exigidos a un ordenamiento que pretende dar fin a los conflictos sociales y a las decisiones sobre los mismos". (Negrilla y subrayado fuera del texto)

En síntesis, la Corte ha concluido que "las Instituciones de la cosa juzgada y la temeridad pretenden evitar la presentación sucesiva, además de múltiple de las acciones de tutela. Al mismo tiempo, es evidente que estos conceptos cuentan con diferencias claras, que los llevan a configurarse como elementos disímiles. Sin embargo, ello no es impedimento para que en un caso concreto confluyan tanto la cosa juzgada como la temeridad. A partir de esa complejidad, el juez constitucional es el encargado de establecer si ocurre su configuración en cada asunto sometido a su competencia."

Situación que en nada varía el hecho de que el medio tuitivo en aquella ocasión haya sido presentado por el accionante a favor de los intereses de la menor **IRENE AFANADOR CAÑÓN**, y el que hoy promueve lo sea a nombre propio, pues lo determinante aquí es que esa primera queja constitucional descartó la existencia de una vía de hecho en la valoración probatoria y demás aspectos por los que, en común, se duele el señor **AFANADOR ULLOA** en una y otra acción.

3.2 Las mismas razones le sirven a la Sala para señalar que el reclamo del accionante, atinente a que la restricción de las visitas adoptada por la autoridad judicial accionada como medida provisional se ha mantenido en el tiempo en perjuicio de los intereses suyos y los de la menor, tampoco abre paso a la acción constitucional, pues ha de verse que el asidero de tal medida fue lo suficientemente aquilatado por las autoridades que conocieron de la acción de tutela otrora instaurada por él en contra del **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**, quienes al unísono refirieron que la decisión no lucía antojadiza, caprichosa o subjetiva, y más bien lo que se observaba era la diferencia de criterio del accionante acerca de la manera como el juez natural analizó el acervo probatorio recaudado en el trámite cuestionado y concluyó que para salvaguardar los derechos de la menor, era conveniente restringir las visitas del padre de la niña, hasta que se esclarecieran los abusos a él enrostrados, lo que

hasta el momento no ha acaecido, amén de que es claro que el quejoso no ha agotado todos los mecanismos a su alcance con miras a lograr lo que aquí pretende que es, en últimas, poder restablecer las visitas con su hija, tal y como se lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 2 de febrero de 2017 al señalar *"3. Sin perjuicio de lo anterior, cabe añadir que si el accionante no está conforme con la forma en la cual se definió el trámite administrativo de restablecimiento de derechos, bien puede acudir a las vías judiciales pertinentes, con miras a debatir aspectos tales como la custodia y la regulación de visitas de la niña XX, escenario en el cual podrá plantear las circunstancias que aquí adujo"*.

3.3 Ahora que la eventual mora en el adelantamiento de la investigación penal que se sigue en contra del accionante, es un asunto que por virtud del factor funcional no podría entrar a escrutar la Sala conforme se indicó en auto del 6 de los cursantes (fl. 363), y que necesariamente habrá de ser dilucidado por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga (Santander) a donde se ordenó remitir copia del libelo y sus anexos para tal efecto.

4. Corolario de lo anterior es que el amparo constitucional se declarará improcedente, y finalmente se ordenará remitir las diligencias a la H. Corte Constitucional para la eventual revisión de la sentencia, en caso de no ser impugnada la misma.

En mérito de lo expuesto, la **SALA DE FAMILIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por el señor **MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA**, en contra del **JUZGADO TREINTA DE FAMILIA DE BOGOTÁ, D. C.**

SEGUNDO: DEVOLVER los expedientes remitidos a esta Corporación en calidad de préstamo, a los despachos de origen.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes y vinculados por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: ENVIAR, en caso de no ser impugnada dentro del término de ejecutoria, al día siguiente, el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE"

Por lo tanto se pone en conocimiento la existencia de la mencionada providencia a:

- **VIVIANA MARCELA PORRAS PORRAS -JUEZ 30 DE FAMILIA DE BOGOTÁ**
- **DEFENSOR DE FAMILIA CENTRO ZONAL LOS MÁRTIRES**
- **ABEL CARVAJAL OLAVE – JUEZ 3º DE FAMILIA**
- **JUEZ 40 ADMINISTRATIVO SECCIONAL 4ª DE ORALIDAD**
- **FISCAL 229 SECCIONAL –UNIDAD DE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**
- **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ADSCRITO AL JUZGADO 30 DE FAMILIA**
- **DEFENSOR DE FAMILIA ADSCRITO AL JUZGADO 30 DE FAMILIA**
- **DEFENSOR DE FAMILIA ADSCRITO AL JUZGADO 3º DE FAMILIA**
- **AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO ADSCRITO AL JUZGADO 3º DE FAMILIA**
- **MIGUEL ÁNGEL AFANADOR ULLOA**
- **MERY EUGENIA FRANCO ORTEGA – ABOGADA COMISARÍA DE FAMILIA DE CASA DE JUSTICIA ALCALDÍA MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA**
- **MARÍA JULIANA GUERRERO BUSTAMANTE – DEFENSORA DE FAMILIA – CAIVAS**
- **PAOLA INÉS DAZA ROCHA – DEFENSORA DE FAMILIA I.C.B.F. CENTRO ZONAL KENNEDY**
- **HERNÁN GUILLERMO JOJOA SANTACRUZ**
- **LUDIVIA CAÑÓN CENDALES**
- **RAFAÉL AFANADOR ULLOA**
- **BLANCA ELVIRA CENDALES CAÑÓN**
- **JOSÉ BAUTISTA CAÑÓN**
- **CARLOS ANDRÉS CAÑÓN CENDALES**
- **LEIDY JOHANA CAÑÓN CENDALES**
- **JIMENA MOLANO URREA**
- **ÓSCAR FERNANDO SUÁREZ GÓMEZ**
- **LIDA YAZMÍN FARFÁN ARIZA**
- **RAFAÉL ANTONIO MISSE BONILLA**
- **OSCAR FERNANDO SUÁREZ GÓMEZ**
- **KADIR CRISANTO PILONIETA DÍAZ- DEFENSOR DEL PUEBLO REGIONAL SANTANDER**
- **HÉCTOR AUGUSTO PARRA PABÓN – DEFENSOR DE FAMILIA –CENTRO ZONAL BUCARAMANGA SUR**

Se fija el presente aviso en la cartelera física de la Sala de Familia del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., y en la página web de la Rama Judicial por el término de un (1) día.

SE FIJA EL 27 DE NOVIEMBRE DE 2018 A LAS 8:00 A.M

VENCE: EL 27 DE NOVIEMBRE DE 2018 A LAS 5:00 PM


ANA LILIANA ALBANIL RIOS
SECRETARIA